

# ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA: A LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA NO SISTEMA ACUSATÓRIO<sup>1</sup>

CAIO CÉSAR CORDEIRO DE OLIVEIRA SILVA<sup>2</sup>

POLÍCIA FEDERAL - MANAUS/AM



## RESUMO

O presente trabalho é uma análise sobre a legitimidade do Delegado de Polícia para celebrar acordos de colaboração premiada. Examina-se, a partir do paradigma normativo da Lei nº 12.850/13, a natureza da colaboração premiada, confrontando-a com outros institutos típicos da justiça penal negocial. No modelo brasileiro, a colaboração premiada apresenta-se como meio de obtenção de prova, recurso a ser empregado na investigação de determinadas formas de criminalidade moderna, estando, por essa natureza, dentro do âmbito de prerrogativas (poder-dever) dos Delegados de Polícia, os quais possuem a capacidade originária e autônoma para celebrar acordos no curso de suas investigações. Avalia-se como o modelo processual penal construído historicamente no Brasil, baseado na separação das funções estatais durante a persecução penal, impacta na aferição da competência constitucional e funcional da Polícia Judiciária para realização de acordos de colaboração. A necessidade de equilíbrio na atribuição de poderes durante as diversas fases da persecução traduz a necessidade de que o poder de requerer medidas cautelares não se concentre exclusivamente em poder da parte acusadora.

**PALAVRAS-CHAVE:** Colaboração Premiada. Polícia Judiciária. Legitimidade. Sistema Acusatório.

1 Artigo Científico apresentado à Academia Nacional de Polícia como exigência para a obtenção do título de Especialista em Direito de Polícia Judiciária

2 O autor é Delegado de Polícia Federal lotado na Superintendência Regional da Polícia Federal no Amazonas, tendo atuado em investigações de desvio de verbas públicas e corrupção entre 2014-2017, período no qual realizou negociações preliminares para realização de acordos de colaboração premiada em investigações de que participou, sendo que em um dos casos figurou (na companhia de outro Delegado de Polícia Federal) em acordo de colaboração realizado diretamente com um dos investigados, o qual veio a ser homologado pela Justiça Federal do Amazonas, após manifestação do Ministério Público Federal.

## **1. INTRODUÇÃO**

O debate a respeito da legitimidade da Polícia Judiciária para celebrar acordo de colaboração premiada é mais complexo do que uma mera questão de conveniência da Lei. No fundo, estão em discussão os contornos do próprio modelo processual penal acusatório brasileiro, o equilíbrio de poderes na persecução penal, a separação das funções de investigar e acusar, a tese da submissão da atividade investigativa ao interesse da acusação, a revelar, portanto, que o tema tem aptidão para se pôr em evidência mitos, resquícios e os perigos de uma velha (porém, sólida) dogmática que negligencia a importância da investigação criminal no processo penal.

Não apenas pela importância dogmática, o tema foi pauta recente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5508/DF, por meio da qual questionou-se a validade dos dispositivos legais (§§ 2º e 6º, do art. 4º) da Lei nº 12.850/13 que atribuem ao Delegado de Polícia a capacidade para celebrar acordos de colaboração, nos seguintes termos (BRASIL, 2013):

*§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).*

(...)

*§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.*

Como alicerce da alegada desconformidade constitucional, argumentou-se que a atribuição legal de competência para realizar acordos de colaboração premiada pelo Delegado de Polícia configuraria violação ao sistema acusatório de processo penal (artigo 129, I

e VIII, da CF), em razão do qual a titularidade da persecução penal e também o domínio da atividade investigativa do Estado e do emprego dos meios de prova cometiam apenas ao Ministério Público (BRASIL, 2016, p. 11). Afirmou-se ainda que a colaboração premiada seguia a mesma natureza dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, enquanto manifestações da justiça penal negociada, tendo “em comum a circunstância de envolver graus e formas distintas de disposição da pretensão punitiva” (BRASIL, 2016, p. 28).

Em decisão no ano de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido e assentou a constitucionalidade dos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei nº 12.850/13, oportunidade na qual se consignou não apenas a legitimidade do Delegado de Polícia, como também, o caráter não vinculante da manifestação do Ministério Público (BRASIL, 2018b).

Apesar da manifestação da mais alta corte brasileira, questões de fundo que permeiam a temática, notadamente o sistema acusatório e a natureza da colaboração premiada brasileira, ainda precisam ser melhor enfrentadas. A necessidade de se buscar uma resposta para além do legislado, por meio de um enquadramento constitucional e lógico-jurídico para a legitimidade da Polícia Judiciária para celebração de acordos de colaboração é o que modestamente se propõe neste trabalho.

Realizar-se-á uma breve investigação a respeito da natureza legal da colaboração premiada a partir do paradigma disciplinado pela Lei nº 12.850/13, a fim de se oferecer uma categorização coerente ao arquétipo legislado no processo penal brasileiro, diferenciando-o de mecanismos de consenso no processo penal, como o são os acordos e as barganhas de natureza penal negocial. A colaboração premiada será examinada no contexto das diversas ferramentas processuais de obtenção de prova e da relação destas com as atividades próprias dos órgãos investidos de competência para investigação criminal, dentre os quais, a Polícia Judiciária. Será analisado como o modelo processual penal acusatório brasileiro, baseado na separação das funções estatais na persecução penal, impacta na aferição da competência constitucional e funcional da Polícia Judiciária para realização de acordos de colaboração.

## **2. A COLABORAÇÃO PREMIADA: DEMARCANDO O MODELO BRASILEIRO**

Não é novidade em território brasileiro<sup>3</sup> a existência de normas penais que estabelecem benefícios ao agente criminoso que coopera (em sentido amplo) com o processo criminal<sup>4</sup>. No entanto, como produto da legislação interna, apenas em meados da década de 80, com a introdução da confissão como atenuante genérica de pena, é que nosso sistema penal passou a estimular comportamentos colaborativos do acusado, ainda que, timidamente, pela via da autoincriminação (AMARAL, 2016; ANSELMO, 2016).

Destaca Amaral (2016) que desde a redação original do Código Penal de 1940, o ordenamento previa a confissão como circunstância atenuante a ser considerada pelo magistrado no momento de aplicação da pena. Contudo, somente atenuaria a pena a confissão que recaísse sobre crime ainda não conhecido ou não imputado ao réu. Assim, apenas com a reforma penal de 1984, trazida pela Lei nº 7.209/1984, conhecida como “Nova Parte Geral do Código Penal”, que a cooperação do acusado na investigação do crime a ele imputado passou a ser incentivada, passando a beneficiar qualquer acusado que se autoincriminasse.

A primeira mudança paradigmática deu-se com a Lei nº 8.072/90, conhecida como lei de crimes hediondos, por meio da qual se introduziu no sistema uma causa especial de redução de pena muito mais benéfica para o agente que colaborasse com o processo penal. Nesse caso, o novo diploma abandonava o modelo de “colaboração” baseado no mero reconhecimento da culpa (confissão), pois o agente criminoso – interessado na benesse – tinha também que “denunciar” à autoridade o grupo criminoso (“bando ou quadrilha”), possibilitan-

3 Vale registrar que na época Brasil-Colônia o Livro V das Ordenações Filipinas apresentava dispositivos que previam benefícios ao criminoso colaborador, precisamente nos Títulos VI (“Do Crime de Lesa Magestade”) e CXVI (“Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros á prisão”) (ANSELMO, 2016). Os textos dos dispositivos podem ser consultados no portal da Universidade de Coimbra em: <<https://bit.ly/2GtUzrR>>.

4 Pelo valor histórico, é de se mencionar o caso de Joaquim José da Silva Xavier, “Tiradentes”. Em interessante estudo, Ferreira (2009, p. 80) registra que “(n)aquele período, em que os meios investigativos eram completamente escassos, as denúncias apresentadas pelos populares possuíam singular relevância, tanto que aquele que primeiro delatasse atos que denotassem crime de lesa majestade recebia o perdão e recompensas da realeza e, no caso dos inconfidentes, rendeu ao delator a remissão de suas dívidas pessoais”.

do seu “desmantelamento”. Vale dizer, a nova “colaboração” passou a exigir não apenas que o acusado assumisse a culpa em relação ao fato que lhe era imputado, mas também que indicasse (delatasse) outros envolvidos em relação ao mesmo caso (PEREIRA, 2016a).

Desde então, outras leis<sup>5</sup> esparsas passaram a prever causas de diminuição ao investigado que levasse, por meio de suas declarações, ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria, dando os primeiros passos para a criação de um sistema normativo da “delação premiada”.

Atualmente, a Lei nº 12.850/13, dispondo sobre o crime de organização criminosa e dos meios de investigação, deu novo desenho ao instituto da “delação premiada”. Prevendo uma diferenciada atividade de cooperação (com maiores benefícios e maiores exigências no grau de cooperação), o modelo apresentado trouxe importantes avanços em segurança jurídica para os envolvidos (especialmente pela previsão do acordo escrito) e no que atine a previsão dos deveres dos colaboradores (exigindo-se mais que uma mera “delação”, leia-se, declaração). A nova legislação disciplinou também, ainda que de forma não exaustiva, o procedimento, as atribuições dos atores envolvidos, as expectativas do Estado, os benefícios possíveis, os critérios de avaliação, entre outros.

No entanto, os acordos de colaboração premiada celebrados após a introdução desse diploma, notadamente nos famosos casos da Operação Lava Jato, passaram a incluir cláusulas de fixação de pena, inclusive com regimes diferenciados de execução, por vezes, prevendo o cumprimento imediato pelo imputado<sup>6</sup>, além de outras tantas cláusulas

---

5 Assim, a Lei nº 9.034/1995 (atualmente revogada pela Lei nº 12.850/13), a Lei nº 9.080/1995, que introduziu alterações nas Leis nº 7.492/1986 (lei de crimes financeiros) e nº 8.137/1990 (lei de crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), a Lei nº 9.269/1996, que deu nova redação ao §4º do artigo 159 do Código Penal (crime de extorsão mediante sequestro), a Lei nº 9.613/1998 (lei de lavagem de capitais), a Lei nº 9.807/1999 (lei de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas), entre outras.

6 Alguns exemplos coletados por Vasconcelos (2017): “Em um dos termos homologados, fixou-se que, ao se atingir o montante de 30 anos de prisão nas penas unificadas em sentenças definitivas, a sanção imposta seria cumprida ‘em regime fechado por lapso não superior a 5 (cinco) anos e não inferior a 3 (três) anos’, com posterior progressão ‘diretamente para o regime aberto, mesmo que sem o preenchimento dos requisitos legais’ (cláusula 5ª, incisos I, II, III e V, acordo na Pet. 5.244 STF). De modo semelhante, em outra colaboração acordou-se pena de prisão domiciliar por um ano (com tornozeleira eletrônica); zero a dois anos de privação de liberdade em regime semiaberto; e posterior progressão para regime aberto para o restante da pena (cláusula 5ª, inc. I, acordo na Pet. 5.210 STF)”.

sulas sem expressa previsão na Lei<sup>7</sup>. Essa “desconformidade” (CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p. 135) com o paradigma criado pelo legislador<sup>8</sup>, está a exigir, cotidianamente, soluções caseiras pelos Tribunais, na maioria dos casos, devido a problemas para os quais a Lei sequer imaginou existirem (CAVALI, 2017).

Exatamente por conta dessa celeuma, exige-se, anteriormente ao exame da legitimidade para celebração do acordo, um exame prévio da natureza da colaboração premiada, apartando-a, especialmente, dos instrumentos de consenso no processo penal, causa de sua maior deturpação.

## **2.1 UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA: CONSENSO E COLABORAÇÃO**

É preciso deixar claro desde logo que a colaboração premiada, ao menos como ainda disposta no Brasil, não se aproxima nem um pouco do modelo de consenso penal ou de acordo de pena ou de qualquer instrumento que implique a negociação direta de pena, especialmente privativa de liberdade, entre as partes (acusação e defesa), em razão dos quais há a supressão total ou parcial do processo (VASCONCELLOS, 2017).

O consenso no processo penal alude ao acordo (consenso) entre acusação e defesa para fins de resolução (em caráter definitivo) da questão criminal, com imposição imediata de uma sanção penal (inclusive, privativa de liberdade) ao acusado, em regra com algum percentual de redução ou outra benesse (interesse da opção do acusado), decorrendo em regra o encerramento antecipado, a abreviação ou a supressão integral ou parcial de alguma fase do processo<sup>9</sup> (VASCONCELLOS, 2015a).

---

7 Mais uma vez, cite-se exemplo citado por Vasconcellos (2017): “Em âmbito da operação Lava Jato, firmou-se acordo que permitiu a permanência de bens produtos/proveitos de crimes com familiares do delator, como carros blindados e imóveis, sob a justificativa de caracterizarem ‘medida de segurança durante o período em que o colaborador estiver preso’ (cláusula 7ª, §§ 3º, 4º, 5º, e 6º, acordo na Pet. 5.244 STF)”.

8 Para uma síntese das críticas da doutrina com relação aos acordos de delação (colaboração) premiada celebrados no âmbito da Operação Lava-Jato consultar o artigo Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato, de Canotilho e Brandão (2017).

9 Vale registrar que, em sentido amplo, a abertura para a consensualidade no processo penal não se exaure apenas com a barganha sobre a pena, que é a sua expressão mais conhecida, mas corresponde a um campo mais abrangente de mecanismos processuais e penais que se tornam eficazes simplesmente pelo acordo de vontades (ex.: acordo entre as partes para supressão de uma etapa do processo).

Em quaisquer de suas manifestações<sup>10</sup>, portanto, a negociação de pena implica a aceitação, ainda que parcialmente, dos termos da acusação pelo implicado, tornando desnecessária a verificação probatória dos fatos mediante instrução perante um terceiro imparcial. Nesses casos, celebrado o acordo, segue-se a pena.

O processo penal brasileiro, legatário das tradições continentais<sup>11</sup>, por essência, não se familiariza com tamanha disponibilidade do processo penal pelas partes. Em nosso sistema, a imposição de pena (e a consequente constituição do status de “culpado”) se legitima (indisponibilidade) por meio do processo, após o accertamento (investigação e demonstração) dos fatos (processo penal do tipo epistemológico<sup>12</sup>) em procedimento animado pelo contraditório e pelas garantias constitutivas do princípio do devido processo (ISMAEL; RIBEIRO; AGUIAR, 2017).

Nesse sentido, pontua Cavali (2017, p. 258):

*O caminho natural para a atribuição de responsabilidade penal, no nosso sistema, inicia-se com a apuração da materialidade e da autoria delitivas, através de uma investigação formal; em seguida, identificados os responsáveis pela infração, é obrigatória a formulação de uma acusação detalhada, com a exposição do fato criminoso e de todas as suas circunstâncias.*

---

10 Incluem nesse grupo, conforme Vasconcellos (2017), os institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo brasileiro e português, os procedimentos abreviados latino-americanos, a plea bargaining estadunidense, o absprachen alemão, o patteggiamento italiano, os procedimentos por decreto ou monitorios, entre diversos outros.

11 Ressaltam Ismael, Ribeiro e Aguiar que “(e)m matéria criminal, as possibilidades de acordos pré-processuais ou mesmo durante a ação penal sempre foram controversas, notadamente em países de tradição romano-germânica, também conhecidos como países com tradição do sistema do civil law. Os espaços de consenso no campo do processo penal sempre foram reduzidos, em virtude da aparente indisponibilidade dos direitos em conflito. De um lado, o réu, cujo poder de barganha com a contraparte, em prol de uma sanção penal menor ou diversa da privação de liberdade, era visto com reservas pela legislação e pela doutrina, considerando-se a natural cautela para prevenir arbitrariedades por parte do Estado, normalmente o lado mais forte na relação jurídica. De outro, o próprio dever estatal de perseguir o autor de um crime e de buscar, para ele, uma punição justa, orientando-se pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal” (2017, p. 329-430).

12 Conforme ensina Badaró (2017, p. 137), “esse modelo costuma caracterizar o processo penal como um instrumento de legitimação do poder estatal, a partir de funcionamento de um mecanismo cognitivo para a verificação factual da imputação formulada na acusação, com a aplicação da norma penal adequada e a sanção correspondente, no caso sua demonstração além de qualquer dúvida razoável. Tudo isso funcionando por meio de um processo que seja justo ou equo, isto é, que respeite as garantias do devido processo legal. O resultado do processo penal somente será justo e legítimo, caso se assente em três premissas: uma correta atividade epistêmica e uma adequada atividade hermenêutica, desenvolvidas sob o devido processo legal”.

*cias, enquadrando-se a conduta em determinado tipo penal e requerendo-se, como consequência automática, a aplicação das sanções a ele cominadas; no curso da ação penal, mesmo que o acusado confesse a prática do crime, tal circunstância não é considerada suficiente, entre nós, para a condenação e, ainda que o Ministério Público requeira a absolvição, o juiz pode proferir sentença condenatória.*

Por essa tradição, as soluções das questões criminais no Brasil não permitem outras que não o arquivamento ou oferecimento de denúncia, se presentes os requisitos legais, e neste último caso, o resultado será igualmente binário: absolvição e condenação (ISMAEL; RIBEIRO; AGUIAR, 2017).

A atribuição de maior disponibilidade às partes na resolução de conflitos penais foi conferida no sistema brasileiro com a criação, em 1995, dos institutos da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo. Em vista de tal abertura, os espaços de consenso foram franqueados apenas e tão somente para uma espécie de criminalidade considerada mais leve e para imposição de sanções penais (discute-se na doutrina se são efetivamente penas) não privativas de liberdade, dos quais não resultam legalmente efeitos condenatórios.

No entanto, mesmo após o advento de tais institutos, a introdução do modelo consensual no sistema brasileiro deu-se em alcance bastante limitado, diante da impossibilidade de o Estado converter o descumprimento das sanções ou obrigações alternativas (impostas pela transação ou suspensão do processo) em pena privativa de liberdade. Vale dizer, havendo descumprimento dos termos da transação ou da suspensão processual, a acusação não terá em mãos um título executivo de natureza penal contra o autor do fato, devendo recorrer ao processo penal, com suas inerentes fases e exigências, instrumento que se confirma sendo a única via legítima no sistema normativo para imposição de penas privativas de liberdade (CAVALI, 2017).

Diante de tais premissas, não se teria qualquer dificuldade em distinguir a colaboração premiada (quer em seus distintos modelos legais) dos instrumentos negociais penais. A propósito, basta perceber a distinção de conteúdo entre o modelo legislado pela Lei nº 12.850/13

e o anteprojeto apresentado para reforma global do novo Código de Processo Penal, que em seu Capítulo III (Procedimento Sumário), do Título II (Do Procedimentos), artigo 271, prevê a aplicação imediata de pena mediante acordo entre as partes durante o processo, para encerrá-lo com condenação antecipada e sem produção de provas, desde que “haja confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória” (BRASIL, 2009, p. 80).

Pela Lei nº 12.850/13, a celebração do acordo não implica a desnecessidade de instrução probatória a respeito da pretensão acusatória, a exigência se mantém mesmo em face dos fatos imputados ao próprio colaborador, pois a eficácia da confissão (vale lembrar que acordo de colaboração implica sempre a confissão de alguma parcela dos fatos investigados/acusados) continua ainda limitada no processo (não é, pois, uma volta ao dogma da confissão como a “rainha das provas”). Nesse sentido, pontua Vasconcellos (2017):

*[a] diferenciação fundamental entre tais institutos [a barganha, como sinônimo de negociação e acordo, e a colaboração premiada] diz respeito à manutenção do processo e obtenção de outros elementos probatórios para fundamentar eventual sentença condenatória. Por um lado, a barganha é um mecanismo que, a partir da conformidade do acusado, autoriza a imposição de sanção penal com a supressão do transcorrer normal do processo. A colaboração premiada, ao menos em teoria, pressupõe a corroboração dos elementos a partir dela admitidos, mantendo a necessidade de produção probatória e os atos do procedimento de instrução e julgamento.*

Diferentemente do que ocorre em relação aos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, a delação (colaboração) premiada não foi tratada – nem mesmo após o advento da Lei nº 12.850/13 – como um instrumento para realização de acordos de pena (CAVALI, 2017). Nesse sentido Canotilho e Brandão (2017, p. 144), para quem:

*(a) colaboração premiada inscrita na Lei 12.850/2013 não se identifica ainda com outra realidade processual que em numerosos países tem feito o seu curso sob o rótulo de justiça negociada. Apesar de se tratar de um movimento inspirado na experiência norte-americana da plea bargaining, o seu acolhimento nos sistemas processuais de civil law tem ocorrido*

*através da adoção de procedimentos que, formal e materialmente, se mostram completamente distintos do modelo norte-americano da barganha.*

No entanto, uma espécie de alquimia se operou a partir da prática desregrada dos acordos de colaboração em datas recentes, notadamente por uma corrente interpretativa que a concebe como um autêntico acordo de reconhecimento de responsabilidade penal (MENDONÇA, 2017). A aplicação desconforme da colaboração premiada tem provocado uma série de problemas sistêmicos, exigindo soluções para problemas criados especialmente pela prática antinormativa. Exemplo claro dessa questão, especialmente nos casos em que a fixação e início de cumprimento de pena dão-se pelo próprio acordo, é o da revisão das cláusulas do acordo. A propósito, ressalta Cavali (2017, p. 273):

*(n)a visão arrojadada, como os acordos muitas vezes já estabelecem a pena, não há um segundo momento para que o juiz examine se as cláusulas acordadas foram cumpridas. Por isso, os acordos têm previsto procedimentos administrativos de revisão de acordo de colaboração premiada. Trata-se de mais uma inovação, sem base legal, criada para resolver um problema não imaginado pelo legislador.*

A tese que procura fazer do acordo de colaboração um método para solução consensual de conflitos penais incide, portanto, em grave erro. O acordo de colaboração não se apresenta e não foi idealizado como forma de auto composição das partes. A sua moldura não prevê a possibilidade de acordo de pena com a supressão do devido processo. A própria Lei prevê que, se prestada a colaboração, caberia ao juiz (e apenas ao juiz) aplicar os benefícios por ocasião da prolação da sentença (sentença de mérito, que avalia as provas e decide a causa). Ao menos é isso que decorre claro da leitura do §11 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, segundo o qual “(a) sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia” (BRASIL, 2013).

Esse é, por sinal, o entendimento consolidado no manual elaborado no âmbito da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro) (2014, p. 9), que expressamente ressalta:

*(...) não deve o magistrado homologar propostas que tragam preestabelecido o quanto de redução de pena. De um lado, porque não incumbindo ao Ministério Público ou ao delega-*

*do de polícia proferir sentença, não podem prometer algo que não podem cumprir; de outro porque, acaso tal cláusula fosse homologada nesse momento, tal proceder implicaria duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal: a) o juízo de condenação e b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da pena.*

O sistema processual penal brasileiro tem no primado da verdade das provas produzidas em contraditório o dogma para se considerar alguém responsável pela prática de um crime. Conforme assevera Gomes Filho (1996, p. 53-54), a busca da verdade processual se traduz em um valor que legitima a atividade jurisdicional, modo que “não se poderia conceber uma sentença justa que não tivesse amparada pela preocupação de uma verificação correta dos fatos”.

Por isso mesmo, perfeitamente válida a crítica de Badaró (2017, p. 139):

*Nos métodos consensuais abre-se mão do processo (p. ex.: no caso da transação penal) ou, ao menos, da instrução criminal (na hipótese de suspensão condicional do processo), para aplicação da punição. Na chamada “Justiça Consensual” a imposição da pena não é fruto de uma prévia verificação dos fatos, mas de um acordo. Ao se conceber o processo essencialmente como um instrumento de resolução de conflitos que assumam a forma de controvérsia jurídica entre as partes, a finalidade da descoberta da verdade torna-se desnecessária. Se a finalidade primária do processo é a solução do conflito entre as partes, a verdade dos fatos não é indispensável.*

Fora do paradigma normativo do devido processo contraditório, apenas estão as limitadas possibilidades de negociação do sistema regido pelas Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/01. Assim, a previsão em acordo de colaboração premiada de cláusula para cumprimento imediato de pena pelo colaborador deturpa a essência do modelo desenhado pelo legislador, o que tem provocado discussões igualmente corrompidas sobre os vários aspectos da colaboração, o que não seria diferente em relação a questão da legitimidade.

Ainda nessa mesma linha, com apoio na doutrina italiana, Francisco Valdez Pereira leciona (2016a):

*Ao contrário do plea bargaining, que mira assunção de culpa pelo imputado na fase preliminar, sem passar pela fase de julgamento, a normativa dos arrependidos<sup>13</sup> condiciona a aplicação de qualquer medida premial à verificação judicial dos pressupostos da colaboração. O moderno sistema do plea bargaining dispensa o procedimento em juízo; talvez a sua principal razão de ser esteja exatamente na evitação do procedimento judicial, ao contrário do uso dos arrependidos, que visa superar as dificuldades na coleta de prova e depende sempre de provimento jurisdicional.*

Esse passo anterior à discussão da natureza da colaboração premiada, nos faz fixar uma conclusão daquilo que parece muito mais importante neste momento: a colaboração processual não é um novo modelo de Justiça Penal no sistema processual brasileiro.

## **2.2 OS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA E A COLABORAÇÃO PREMIADA**

Não há dúvidas que a colaboração premiada surge como um recurso estatal destinado ao enfrentamento de problemas específicos da investigação criminal. Os tipos de criminalidade para os quais se passou a prever o emprego da delação premiada (lavagem de capitais, crimes hediondos, delinquência organizada, associação criminosa etc.) bem revelam que o fim do instituto sempre foi o de permitir um salto de qualidade na investigação de peculiares formas de criminalidade, vale dizer, “promover a rápida apuração dos ilícitos e de modo célere a aplicação das punições correspondentes em face de condutas de difícil comprovação” (DIPP, 2015, p. 9).

O incremento das previsões normativas que incitam a colaboração do imputado com autoridades públicas persecutórias tem causas diversas<sup>14</sup>. A incapacidade para apuração abrangente de grupos criminosos dotados de sofisticada capacidade de autoproteção coloca em perplexidade o Estado. Nesse sentido, testemunha Sérgio Moro (2016):

---

13 Expressão utilizada pelo autor para designar as hipóteses de colaboração destinadas a, por um lado, recolher provas e, por outro, atribuir algum prêmio ao colaborador como consequência do auxílio nas investigações.

14 Nesse sentido, ressalta Silva (2015, p. 32) que “no processo penal a tendência verificada, sobretudo na última década, é para que se desenvolvam estratégias diferenciadas para regulamentar com mais eficácia a obtenção da prova e o tratamento dispensado aos investigados e acusados pela prática de infrações relacionadas à criminalidade organizada, na busca da eficiência penal”.

*Nos casos criminais usuais, por exemplo crime de rua, como roubo, as autoridades policiais podem com frequência contar com boas testemunhas do fato criminoso, a começar pela própria vítima. Para este tipo de crime, a investigação policial, não raramente, começa e termina com a prisão em flagrante. Mas há uma outra espécie de criminalidade que, em geral, desenvolve-se no mundo das sombras. A atividade criminal mais complexa, de grupos criminosos, organizados de gângsteres, traficantes, profissionais da lavagem de dinheiro e agentes públicos desonestos, representam um desafio às técnicas tradicionais de investigação. Para esses crimes, dificilmente a autoridade policial poderá contar com prisão em flagrante, ou com testemunhas confiáveis. As pessoas honestas dificilmente presenciam crimes dessa espécie ou, quando isso ocorre, é pouco provável que aceitem depor como testemunhas, considerando os riscos envolvidos. Para eles, faz-se necessário recorrer a meios sofisticados de investigação.*

A criminalidade “violenta” e a criminalidade de “colarinho branco”, ainda que por razões particulares diversas, alcançaram níveis de operação e organização que aniquilam quase por completo a possibilidade de as agências investigativas penetrarem nos meandros das atividades criminosas e, portanto, assim obter evidências probatórias necessárias para se obter futura responsabilização desses agentes. Em paralelo a essa nova formatação criminosa, o sistema criminal de persecução (órgãos/agências, leis e práticas) não se fez evoluir técnico e institucionalmente, o que assim se constata também por motivos variados.

Esse estado de impotência compeliu – quase sem opção – o Estado a se socorrer do próprio investigado no processo penal. O uso de um investigado como fonte para obtenção de “provas” contra code-linquentes em troca de vantagens de natureza penal e processual tem guiado a tônica de diversas reformas nos sistemas criminais de matriz continental, conforme ressalta Vasconcellos (2015a, p. 23-24):

*Tal fenômeno representa tendência contemporânea do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal, por meio do seu reconhecimento de culpabilidade e/ou da incriminação de terceiros, visando a facilitar a atividade acusatória ao afastar o imperativo de comprovação integral dos fatos incriminatórios – a partir de provas lícitamente produzidas pelo acusador público – e a anular a postura defensiva de resistência à denúncia.*

O propósito dessas iniciativas, portanto, e agora também com a Lei nº 12.850/13, é conferir ao Estado um instrumento apto à identificação de autores e à prova de crimes praticados por organizações criminosas, assim sendo possível por meio da cooptação interessada de um ou alguns de seus membros, obviamente com a finalidade de poder atingir um nível de esclarecimento não alcançável por outros meios de investigação.

Nesse sentido, destaca Pereira (2016a):

*É nesse quadro fático-normativo, no qual é impossível definir-se um ponto de equilíbrio relativamente estável entre, por um lado, o interesse social na revelação do fato delituoso e de sua autoria e, de outro, a garantia do indivíduo, que a colaboração premiada se insere como lógica de reforço e aprimoramento das técnicas investigativas, juntamente com institutos como a entrega vigiada e o agente encoberto. Trata-se de dispositivos substantivos e processuais que reconhecem relevância probatória à conduta do autor pós-execução delitiva, e que têm a marca da colaboração com a administração da justiça na persecução do fato criminoso; fundamentam-se em razões político-criminais utilitaristas de reforço aos instrumentos de investigação tradicionais, reputados insuficientes para fazer frente a novas práticas delitivas e avançadas estruturas organizacionais com finalidades ilícitas.*

Antes da Lei nº 12.850/13, as diversas previsões premiaias (sanções positivas) tinham por fim obter a confissão do acusado ou investigado e que também ele apontasse (delatasse) outros envolvidos, podendo indicar ainda, em hipóteses específicas, a recuperação de bens e libertação de pessoas. No entanto, não se tinha nítido nesses instrumentos a ideia de colaboração, vale dizer, um comportamento ativo por parte do implicado de apresentar “provas”<sup>15</sup> de sua própria participação, dos crimes praticados e do envolvimento de outros agentes. A primeira geração de instrumentos premiaias, com foco apenas nos efeitos penais, negligenciou o potencial probatório do comportamento colaborativo do investigado, o qual era limitado a sua mera confissão e delação de outros comparsas e crimes.

---

15 “Provas” no sentido de elementos de prova, na concepção apresentada por Gomes Filho (2005, p. 307): “cada um dos *dados objetivos* que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa” (grifos no original).

Essa perspectiva limitada da delação premiada se fazia perceber na valoração da “delação” do codelinqüente na sentença penal, que não tinha alguma ou pouquíssima eficácia para fins de efeito condenatório, salvo se estivesse coerente com outros e autônomos elementos de provas no processo. E nos casos em que a declaração do delator era a única “prova” a respeito da prática de outro crime ou da participação de outra pessoa, os anseios pretendidos pela delação padeciam de dupla frustração. Na perspectiva do Estado, a fragilidade da simples delação, sem idoneidade probatória para alcançar outros imputados e crimes, frustrava a finalidade de alcançar penalmente, e em especial, os principais membros de grupos criminosos, geralmente distantes naturalmente dos atos executórios diretos dos crimes, o que acabava por colocar em colapso a seriedade do instituto, que sempre foi (ainda é) alvo de sérias críticas em razão de seu alegado caráter antiético. Na perspectiva do delator, a inexistência de uma regulação processual sobre questões de oportunidade (quando), modo (forma), alcance (limites fáticos) e, sobretudo, segurança quanto aos efeitos penais premiais da delação, desestimulava a adoção dessa “opção” defensiva, pois a exposição de sua imagem e de sua segurança pessoal perante demais criminosos poderia não vir acompanhada da benesse penal prospectada.

Não por acaso, a nova legislação (e a postura criada a partir dela) introduz a cooperação induzida (incentivada, estimulada) da colaboração do investigado como meio de investigação (meio de obtenção de prova), enfatizando a essência probatória da medida, pela qual não se busca a aceitação da acusação pelo imputado em troca de redução de pena, mas sim a colaboração do acusado/investigado para elucidação dos crimes e de seus autores.

Como bem registra Vasconcellos (2017), a essência da colaboração premiada é de natureza processual, em seu aspecto probatório, através da qual se busca o afastamento do acusado de sua posição de resistência, por meio da fragilização de sua defesa e pela aderência à persecução penal, sendo que as repercussões de ordem penal material não constituem a sua fundamentação em termos dogmáticos<sup>16</sup>.

---

16 É de se ressaltar que Vasconcellos (2017) coloca a colaboração premiada como instrumento da justiça negociada, mas ressalta que, nesse caso, a inclusão se dá apenas por permitir o afastamento do estado de resistência do acusado em relação a persecução penal, não tendo relação com a possibilidade de negociação direta entre a partes para acertamento da questão penal.

Com efeito, a própria Lei nº 12.850/2013 qualifica a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova<sup>17</sup>, por meio da qual se busca incentivar um membro de uma organização criminosa a revelar pessoas e fatos com ela relacionados mediante uma promessa estatal de vantagens penais (caput e §5º do art. 4º) ou processuais penais (§4º do art. 4º) (BRASIL, 2013).

O emprego da nomenclatura “meio de obtenção de prova”, contudo, é novidade na legislação brasileira. Ao contrário, os Códigos de Processo Penal português, desde 1987 (“TÍTULO III – Dos meios de obtenção da prova”) e italiano, desde 1988 (“TITOLO III – MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA”), empregam a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova, o que é acompanhado pela doutrina processual desses países. Em Portugal, Germano Marques da Silva (2008, p. 233) ressalta que “os meios de obtenção da prova são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de provas”. Na Itália, Paolo Tonini (2010, p. 366) anota que a distinção existe no próprio relatório do anteprojeto do código, em que se esclarecia que “*i mezzi di ricerca della prova non sono di per sé fonte di convincimento, ma rendono possibile acquisire cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria*”<sup>18</sup>.

Na doutrina processual penal brasileira, o estudo sistemático dos chamados meios de investigação ou meios de pesquisa não é comum, embora tais meios existam em nosso ordenamento desde algum tempo. O Código de Processo Penal brasileiro prevê, por exemplo, um meio de obtenção de prova que é a busca e a apreensão (CAPÍTULO XI), conquanto mencionada, equivocadamente, entre outros meios de prova (TÍTULO VII). Outros meios de obtenção de provas foram previstos em leis especiais: a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, disciplinada na Lei nº 9.296/1996; a interceptação ambiental (na Lei nº 12.850/2013); as chamadas “quebras” (afastamentos) dos sigilos legalmente protegidos, como o financeiro (regidos

---

17 Não se pode ignorar que a doutrina e os Tribunais ainda são vacilantes quanto à natureza da colaboração premiada notadamente em razão da intrincada questão do tratamento a ser dispensado às declarações do colaborador, vale dizer, se poderiam ser valoradas como meio de prova pelo magistrado durante a sentença. Há quem defenda, portanto, que a colaboração teria natureza mista, quer como meio de obtenção de prova, quer também como meio de prova.

18 Tradução livre: “os meios de pesquisa de prova não são em si mesmos uma fonte de convencimento, mas tornam possível adquirir coisas materiais, traços ou declarações com aptidão probatória”.

pela Lei Complementar nº 105/2001), o fiscal (art. 198 do Código Tributário Nacional), o sigilo profissional, entre outros. Mais recentemente, o agente infiltrado, previsto nos artigos 10 a 14 da Lei nº 12.850/2013, também é um exemplo de meio de obtenção de prova.

Segundo Gomes Filho (2005, p. 309, grifos no original):

*os meios de pesquisa ou de investigação [os quais a Lei nº 12.850/13 nomeia como meios de obtenção de prova] dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais), regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo).*

Ainda segundo o autor, “os meios de prova referem-se a uma atividade *endoprocessual* que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios *no processo*” (GOMES FILHO, 2005, p. 309, grifos no original).

Em análise comparativa, escreve Badaró (2017, p. 130):

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

Um segundo perfil de diferenciação entre as duas categorias<sup>19</sup>, de natureza técnico-operacional, reside no fato de que enquanto os meios de obtenção de prova visam propiciar a aquisição ao processo (principalmente através de atos de surpresa) de elementos probatórios pré-constituídos, os meios de prova são caracterizados por se produzirem no processo, vale dizer, garantem a formação da prova em disputa (BADARÓ, 2017).

<sup>19</sup> Para outros critérios de distinção, conferir Gustavo Badaró (2017) e Paolo Tonini (2010, p. 366-367).

Um exame atento da atividade do colaborador no âmbito de um acordo de colaboração deixa evidenciar que esta medida muito se assemelha a outros meios de obtenção de prova, como por exemplo, afastamento do sigilo bancário ou telemático ou também de interceptação telefônica. Ambas são direcionadas a obtenção de fontes probatórias a respeito de uma situação fática hipotética, com a especial diferença de que a colaboração premiada recai sobre dados “protegidos” na psique do colaborador. Assim, por meio da “delação” (palavra)<sup>20</sup>, o colaborador vai contribuir para esclarecimento de eventos, dados probatórios conhecidos, indicar testemunhas, outras fontes de prova etc. ligados aos partícipes da organização criminosa, sobre as atividades por elas desenvolvidas e os crimes para os quais pessoalmente concorreu. Essa colaboração se opera não apenas verbalmente, mas com entrega de documentos, renúncia a dados sigilosos, e, por vezes, realizando nos termos da lei atos constitutivos de outras medidas de obtenção de prova (ex.: ação controlada).

Nesses termos, reconhecendo-a como meio de obtenção de prova, mais uma vez a precisa cartilha elaborada pela ENCCLA (2014, p. 9):

*A colaboração premiada é meio de obtenção de prova sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados, buscando levar ao conhecimento das autoridades responsáveis pela investigação informações sobre organização criminosa ou atividades delituosas, sendo que essa atitude visa à amenizar da punição, em vista da relevância e eficácia das informações voluntariamente prestadas.*

A identificação da colaboração premiada como meio de obtenção de prova no processo penal é posição que vem se confirmando nos Tribunais superiores, sendo que o julgamento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, do HC 127483/PR (Rel. Min. Dias Toffoli) (BRASIL, 2015), constituiu o primeiro marco relevante na compreensão da colaboração premiada após a entrada em vigor da Lei nº 12.850/2013, em que se consignou a colaboração como meio de obtenção de elementos dotados de capacidade probatória<sup>21</sup>.

20 Para um exame minucioso sobre as preocupações necessárias no tratamento e validação da colaboração premiada, ver: SILVA, Élzio Vicente; RIBEIRO, Denisse Dias Rosas. Colaboração Premiada e investigação: princípios, vulnerabilidades e validação da prova obtida de fonte humana. Barueri: Novo Século Editora, 2018.

21 No entanto, é de se perceber que a questão está longe de uma pacificação. A discussão sobre a natureza

O enquadramento da colaboração premiada como meio de obtenção de prova, afastando a inadequada (ilegal e inconstitucional) tentativa de fazê-la instrumento de negociação de pena, é imprescindível para uma exata análise da legitimidade da celebração do acordo pelo Delegado de Polícia, conforme expressamente a prevê a Lei nº 12.850/13 (§6º do art. 4º). Ademais, tratamento legislativo dado à delação em anteriores e ainda alguns vigentes diplomas sempre conferiu ao Delegado de Polícia (autoridade policial) a condição de destinatário (na época, os diplomas não mencionavam expressamente o acordo) do instituto da delação. Nesse sentido, ressalta Anselmo (2016, p. 84):

*Em todos os outros dispositivos legais que tratam do instituto, há menção aos termos 'autoridade policial' (leis 7.492/86 e 8137/90), 'autoridades' (Lei 9.613/98), colaboração com a investigação policial e o processo criminal (leis 9.807/99 e 11.343/2006). Assim, a posição que considera o Ministério Público como única autoridade com legitimidade a propor a colaboração premiada não encontra amparo na legislação.*

Em interessante estudo sobre a colaboração premiada pela perspectiva do fato jurídico, Didier Jr. e Bomfim (2016, p. 31-32) ressaltam não apenas a legalidade, como também a coerência da legitimidade do Delegado de Polícia para realizar acordos de colaboração, ressaltando para tanto a sua finalidade probatória:

*Sobre a capacidade negocial do delegado de polícia, cuidar-se-ia de (in)capacidade relativa específica, já que é imprescindível a manifestação do Ministério Público como elemento complementar do suporte fático negocial. Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato defendem a inconstitucionalidade dos parágrafos segundo e sexto do artigo quarto da lei, já que, segundo argumentam, eles transformariam o delegado de polícia em sujeito processual. Não parece a melhor posição. A lei atribui ao delegado de polícia capacidade negocial – e ainda exige a sua complementação – apenas nos autos do inquérito policial, em que o delegado já é titular de poderes (situações jurídicas ativas) relativos à investigação e colheita de provas quanto à autoria e materialidade do delito. A*

---

do acordo de colaboração ganha relevo na delicada fase de valoração da colaboração prestada pelo investigado-delator, bem como, sobre a possibilidade de sindicabilidade do acordo celebrado. Nesse sentido, vale conferir “A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF”, de Pierpaolo Cruz Bottini (2017) e “A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada”, de Rodrigo Capez (2017).

*colaboração premiada, que tem como fim, nesse particular, justamente a colheita de prova, não transforma o delegado em legitimado para propor a demanda penal; ele apenas terá capacidade negocial – desde que complementada pela participação do Ministério Público – justamente tendo como fim a investigação.*

Como bem analisa Cavali (2017, p. 268-269):

*a Procuradoria-Geral da República (PGR), na ADI 5508, sustenta a inconstitucionalidade da previsão do § 6º do art. 4º (e também do § 2º do mesmo artigo), sob o fundamento de que a negociação e a formalização de acordos seriam atribuição exclusiva do Ministério Público, como decorrência da sua titularidade sobre a ação penal pública (CP, art. 129, I). De acordo com a linha de raciocínio adotada pela PGR, a colaboração premiada, assim como os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, seria manifestação da justiça penal negociada; destarte, da mesma forma que se passa nesses casos, somente o Ministério Público poderia negociar com a persecução penal. Na verdade, o argumento da PGR está baseado na visão “arrojada” da colaboração premiada como a única possível.*

Superada, no entanto, a desordem sobre sua verdadeira feição, não se observa, nesse âmbito de argumento, qualquer entrave para que Delegados de Polícia celebrem acordos de colaboração, respeitados obviamente os limites previstos na lei quanto à estipulação de benefícios e demais cláusulas.

### **3. O SISTEMA ACUSATÓRIO E O EQUILÍBRIO DE PODERES NO PROCESSO PENAL**

Os processos penais modernos guardam poucas semelhanças com os modelos experimentados no período da Inquisição<sup>22</sup>. Um pro-

---

22 Ressalta Khaled Jr. (2010, p. 295) que “(o) aparato de repressão inquisitorial apresentava características muito específicas e tinha como fundamentação uma série de verdades absolutas, que giravam em torno do arcabouço ideológico oferecido pelo dogmatismo religioso da época (...). O juiz inquisidor atuava como parte, investigava, dirigia, acusava e julgava. Convidava o acusado a declarar a verdade sob pena de coação (...). A confissão era entendida como a prova máxima e não havia qualquer limitação quanto aos meios utilizados para extraí-la, visto que eram justificados pela sagrada missão de obtenção da verdade”.

cesso<sup>23</sup> no qual a mesma pessoa assume a investigação do fato delitivo, recolhe as provas e as valora para emitir uma sentença e no qual o acusado não exerce qualquer direito – para ficar apenas com esses poucos elementos, dormita na história da civilização. Atualmente, a concepção atual de garantias fundamentais como o direito a um juiz imparcial, o direito de defesa, o direito ao contraditório, a valoração racional da prova, faz com que o processo histórico inquisitivo não se mostre em nenhum caso uma opção válida para o presente (BACHMAIER WINTER, 2009).

A aquisição de um patrimônio civilizatório mínimo de garantias no processo penal não quer dizer que os fantasmas inquisitoriais<sup>24</sup> deixem de povoar o universo ideológico do processo penal. Como se sabe, mesmo nos ambientes de predominância da democracia estão presentes, ainda e sempre, pensamentos autoritários, que inevitavelmente integram a matriz cultural do modo de pensar a relação Estado-indivíduo e também, em especial, o processo penal. A propósito, alerta Frago (2015, p. 389):

*É preciso verificar que o autoritarismo não se circunscreve a regimes políticos autoritários (...) o autoritarismo sempre está presente — em maior ou menor medida — no seio de qualquer sociedade, mesmo aquela que possui um regime democrático. Quase tão ruins quanto regimes abertamente autoritários são regimes democráticos de mera fachada (e que, na verdade, são, em essência, regimes materialmente autoritários), nos quais as práticas e os discursos políticos violam e negam as instituições e os princípios constitucionalmente protegidos.*

De outro lado, a ampla e demasiada invocação do modelo acusatório, notadamente pelo seu emprego politizado<sup>25</sup> em atuais re-

23 Não reconhecendo a natureza processual nos métodos inquisitivos, escreve Juan Montero Aroca (2015, p. 70): “*El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no es, un verdadero proceso. Si éste se identifica como actas trium personarum, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes (y, por lo mismo, parciales) situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, planteando un conflicto para que aquél lo solucionase actuando el derecho objetivo, algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso*”.

24 Aqui, no sentido de ideologias “que negam de uma maneira mais ou menos decisiva a igualdade dos homens e colocam em destaque o princípio hierárquico, além de propugnarem formas de regimes autoritários e exaltarem amiudadas vezes como virtudes alguns dos componentes da personalidade autoritária” (FRAGOSO, 2015. p. 64-65).

25 Mais uma vez, a crítica de Juan Montero Aroca (2015, p. 86-87): “*En la actualidad se están utilizado*

formas processuais, não se mostra suficiente para a eliminação de resquícios inquisitoriais (autoritários) que ora permanecem, apesar das reformas, e que ora ressuscitam-se, por meio delas, no processo penal.

A necessidade de se compreender minimamente o que, em essência, traduz o sistema acusatório de processo penal é passo anterior ao exame da questão sobre os limites das atribuições dos agentes estatais envolvidos na atividade de persecução.

### **3.1 EM BUSCA DA ESSÊNCIA ACUSATÓRIA**

A associação quase imediata (e geralmente baseada em um modelo abstrato arbitrário) do modelo acusatório como sendo (e, pensamos, efetivamente ser) o único modelo constituído das garantias necessárias para elevar o processo a um patamar democrático, não desobriga refletir mais sobre a estrutura acusatória e seu significado, mesmo porque, quando não bem compreendida, ações por ela guiadas podem fracassar no propósito de construir um processo penal de contenção do poder estatal.

O exame da legitimidade para celebração do acordo de colaboração premiada pela Polícia Judiciária, notadamente no caso do processo penal brasileiro (e apenas nesse âmbito), requisita uma compreensão para além da superficialidade enquanto concebido como processo de partes. Tal entendimento, em estado ainda embrionário, é incapaz de oferecer uma resposta constitucionalmente adequada ao problema da legitimidade, em especial porque nela tradicionalmente se omite a importância da fase investigativa como lócus que tem contribuído para definir, na atualidade, os processos penais em inquisitivo ou acusatório (PRADO, 2016b).

Nesse âmbito de pensamento tradicional, o sistema acusatório é argumento comumente utilizado para afastar a possibilidade de ce-

---

*determinadas expresiones más como 'banderas de enganche' o como 'eslóganes fuerza' para, en el fondo, querer decir que la idea-garantía de que el Derecho penal se aplique sólo por medio del proceso debe seguir hasta convertirse en realidad. Se ha hablado y se sigue hablando del 'debido proceso', del 'proceso justo', de 'proceso acusatorio' e incluso de 'sistema acusatorio', expresiones todas ellas que si se entienden como políticas pueden admitirse, pero que carecen de verdadero contenido técnico jurídico, pues en el fondo todas ellas se refieren a algo muy simple: el Derecho penal debe aplicarse por medio de un verdadero proceso o, si se prefiere y para decirlo más sencillamente: el Derecho penal se aplica sólo por medio del proceso".*

lebração do acordo de colaboração pelo Delegado de Polícia<sup>26</sup>, sob o argumento de que tal modelo entrega o domínio da produção probatória nas mãos das partes do processo, nesse caso ao Ministério Público e à defesa. Essa concepção tem por base uma concepção inacabada do sistema acusatório e que contribui para a institucionalizar justamente aquilo que o que sistema acusatório busca eliminar: concentração de poderes no processo penal.

Em geral, o termo “acusatório” é entendido por vezes em acepção bastante restrita, significando a proibição de acumulação das funções de acusar e julgar em um mesmo órgão, e de outras vezes, em um sentido amplíssimo, para fazer referência a um processo penal com todas as garantias (ARMENTA DEU, 1998; LANGER, 2015).

No Brasil, Coutinho (1998) apresenta a concepção de que a ideia elementar que configura um dado sistema processual é a forma como se coloca funcionalmente o magistrado em relação à demonstração probatória dos fatos no processo penal, vale dizer, como se opera exatamente a gestão da prova no processo, o que identificada o princípio unificador de um dado sistema.

Assim, ainda na concepção de Coutinho (1998), está-se diante de um sistema inquisitorial sempre quando o magistrado tem a atribuição natural (originária) e oficiosa (iniciativa) para produção da prova, ao passo que, acha-se perante um sistema acusatório quando essa atribuição para produção probatória está a cargo das partes parciais do processo, como “protagonistas-mor” (COUTINHO, 2018, p. 72) do conhecimento levado a análise.

É de se ressaltar, contudo, que se advoga atualmente que as categorias acusatório-inquisitório não mais ocupariam espaço privilegiado na configuração do processo penal (PEREIRA, 2016b). A dificuldade de identificação dos elementos característicos de cada sis-

---

26 Nesse sentido, a petição inicial da Procuradoria-Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5508 perante o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016, p. 16), em que se colhe o seguinte trecho: “Titularidade da acusação implica atribuir os ônus da imputação e da prova ao Ministério Público, um dos elementos essenciais do sistema acusatório, como acertadamente pondera FERRAJOLI. Por conseguinte, é lógica e teleologicamente inevitável que a direção da investigação caiba a quem tem esse ônus, pois é seu interesse e seu dever fazer prova da acusação”.

tema<sup>27</sup>, que, em geral, leva em conta as experiências condicionadas a determinado espaço-tempo, bem como, porque partem de critérios de escolha arbitrários, teria esvaziado a capacidade de servirem como função constitutiva-diretiva do processo penal.

Ressaltando ainda o emprego interessado das categorias, ressalta Armenta Deu (1998, p. 216):

*Al margen del uso interesado que se haga del mismo desde una perspectiva más política que jurídica, se recurre al principio acusatorio para justificar la atribución de la instrucción del proceso penal al Ministerio Fiscal (MF), reformar la PP en un determinado sentido, configurar los Tribunales de Jurado de una forma específica, etc., de manera que este uso excesivo y desordenado ha conducido a desdibujar seriamente su contorno, vaciando su contenido en la medida en que éste se ha expandido hacia otros principios y derechos con los que, estando sin duda relacionado desde una perspectiva global y garantista del proceso, no son ciertamente equiparables, como es el caso del derecho de defensa, el principio de contradicción o el de oficialidad.*

Ademais, as transformações percebidas pelos ordenamentos processuais penais em todo o mundo, em especial pela influência do sistema anglo-americano sobre o modelo continental, não permitem mais uma separação rígida (pura) entre os sistemas. Essas fragilidades indicariam que as categorias não mais seriam aptas a dar conta da complexidade do processo penal e de suas atuais necessidades.

Apesar da crítica, é preciso perceber que a compreensão da história e os contornos dos diversos processos penais das civilizações, quer acusatórios e inquisitivos, é requisito fundamental para não se permitir que velhos problemas de autoritarismos identificados nesses processos ressuscitem sob novas roupagens (dissimulados, portanto) nos processos atuais. Nesse sentido, a lição de Giulio Illuminati (2008, p. 137, apud VASCONCELLOS, 2015b, p. 136):

27 Destacando o caráter impreciso dos contornos do processo acusatório, pontua Bachmaier Winter (2009, p. 175-176): “A lo largo del devenir histórico no ha existido un único proceso acusatorio, sino múltiples formulaciones de la idea del enjuiciamiento basado en la decisión de un tercero imparcial sobre la base de lo alegado y probado por dos partes enfrentadas entre sí. Sobre ese elemento identificador, el llamado proceso acusatorio presenta perfiles muy diversos, desde el modo de iniciación, al juicio de acusación, la búsqueda de las pruebas, el sistema y la valoración de las pruebas, la eficacia de los actos de investigación, la extensión del derecho de defensa, etc.”

*A aproximação histórica resulta indispensável não só para identificar os precedentes que existiram na realidade da alternativa que estamos considerando, mas também para compreender plenamente o significado dos parâmetros de referência que servem para a contraposição entre acusatório e inquisitivo.*

Assim, falar na superação dessa dicotomia, ignorando que a sombra inquisitorial ainda escolta o corpo dos processos modernos, é contribuir para a fragilização de uma categoria construída a duras penas ao longo do tempo e que se consolida como programa diretivo para a um processo orientado à proteção do indivíduo e limitador do poder penal. Identificando importantes funções na ainda atual necessidade de demarcação dos sistemas inquisitivos e acusatórios, alerta Marques (2013, p. 18) que tal atividade:

*(a) permite compreender os limites do sistema acusatório clássico e conscientizar de que é impossível reimplentá-lo em seu formato original; (b) demonstra que a inquisitorialidade não se reduz a uma prática da Inquisição; (c) revela que a inquisitorialidade esteve presente em países não dominados pela Inquisição; (d) esclarece que a inquisitorialidade não cessou com o fim do medievo; (e) permite visualizar a nova inquisitorialidade, que se inicia no século XIX e se estende pelo século XX; (f) afasta a ilusão de que é possível construir um sistema puro (...).*

Não se deve esquecer que, por muito tempo, a ideia central do processo penal esteve baseada na concepção do processo como instrumento a serviço do poder de punir do Estado, como um mecanismo para aplicação da lei penal. Essa visão puramente estatal governava as mentalidades que se debruçavam sobre o processo penal. Ao longo do tempo, é nítido perceber que as civilizações têm reconhecido a necessidade de se impor limites ao exercício do poder de punir do Estado. A preocupação com o exercício do poder está no centro de qualquer teorização política democrática, aqui colocada como aquela que pretende pensar um regime imune (avesso) a qualquer forma de autoritarismo.

No âmbito do processo penal, a questão não é diferente. Um dado sistema processual penal decorre (germina do mesmo berço (solo) cultural, político, econômico etc.) do Estado que o instituiu. O modo como as relações de poder se organizam no processo é reflexo da mesma relação que se estabelece em nível maior entre esse mesmo Estado e os in-

divíduos. Assim, é de se entender que a relação entre os sistemas processuais e os regimes políticos é de total interdependência (ROXIN, 2000).

Nos períodos em que inspirações autoritárias se manifestaram no campo das relações do Estado com o indivíduo, é provavelmente no processo penal que elas primeiro assomaram e ganharam corpo, pois o sistema penal em geral, e o processo penal em particular, reflete, como nenhum outro, a situação política de um Estado (ROXIN, 2000). Assim, compreende-se a lição de James Goldschmidt (2018, p. 67) no sentido de que a “estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição”.

Evidente que em espaços onde vigem minimamente um Estado de direito, ninguém ousaria levantar expressamente a bandeira da inquisição. Talvez não abertamente, de forma manifesta. Mas é preciso estar atento, contudo, ao que não está evidente, aquilo que germina ainda latente em muitos movimentos de reforma e em pensamentos a respeito do processo penal e de seus instrumentos. Como lembra Fragozo (2015, p. 389), “é preciso estar alerta para as sofisticções dos discursos autoritários que, hoje, são plasmados de modo a escamotear suas pretensões manifestas, mas são aptos a chegar ao mesmo resultado atingido pelos discursos confessadamente autoritários”.

Ciente dessa perspectiva é que voltamos a análise do critério distintivo segundo o qual a gestão da prova é o marco distintivo dos modelos processuais existentes. A simplicidade do critério apresentado por Coutinho não pode deixar escapar ter esse traço distintivo uma vocação no princípio político da separação de poderes. A relação entre o modo como a gestão da prova se molda no processo e a acumulação maior ou menor de poderes está, pois, em razão direta.

### **3.2 A SEPARAÇÃO FUNCIONAL E ORGÂNICA DE PODERES NO PROCESSO PENAL**

Destaca Roxin (2000, p. 10-11) que a acumulação de poderes como fundamento constitutivo dos tipos de Estado totalitários e absolutistas, se reproduziram, em menor escala, no processo penal:

*En el Estado absoluto antiguo todo poder penal residía en el monarca que, con sus actos de autoridad, podía intervenir en la justicia según su arbitrio. En el Estado totalitario actual está asegurado, a través de la dependencia personal y objetiva de los jueces, que las decisiones de los jueces estén en consonancia con las directivas de la oligarquía militar o del partido. En el absolutismo, acusador y juez eran idénticos (proceso inquisitivo); en las dictaduras, la justicia política, que en ellas está particularmente extendida, es ejercida de jacto por la policía (Gestapo, SD).*

A derrocada da ideologia autoritária do Estado, por meio do Iluminismo<sup>28</sup>, foi decisiva para o declínio das ideologias autoritárias do processo penal, sendo que três princípios fundamentais desse novo Estado, pontifica ainda o mestre alemão, foram significativos para a reforma processual: a divisão de poderes, o reconhecimento dos direitos fundamentais e o princípio da legalidade.

Pela separação de poderes se derivou, portanto, a independência dos juízes, que, sob nova configuração, deveriam ser colocados em uma situação de equilíbrio imparcial entres os interesses conflitantes no processo. E por exigência dessa separação é que se criou, separada organizativa e pessoalmente dos tribunais, o ministério público (órgão acusador) (ROXIN, 2000).

Pode-se perceber, portanto, que a acumulação de poderes sempre foi ponto distintivo dos sistemas processuais, ideia que sempre esteve imanente na discussão entre os modelos de formação acusatória, de um lado, e modelos autoritários, inquisitivos, de outro. Em tempos em que a acumulação de poderes era a tônica do modelo político estatal, o processo penal se viu também constituído a partir de tais premissas, decorrendo a concentração de poderes persecutórios em poder do agente estatal (o magistrado) responsável pela persecução, o qual tinha a missão de alcançar o criminoso como forma de obter uma pacificação

---

28 Expressão utilizada no sentido exposto por Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 605), como “um movimento de ideias que tem suas origens no século XVII (ou até talvez nos séculos anteriores, nomeadamente no século XV, segundo interpretação de alguns historiadores), mas que se desenvolve especialmente no século XVIII, denominado por isso o ‘século das luzes’. Esse movimento visa estimular a luta da razão contra a autoridade, isto é, a luta da ‘luz’ contra as ‘trevas’ (...) A insistência dos iluministas sobre a natureza e o espírito das leis e das Constituições deriva do temor do perigo sempre presente do despotismo e do culto genuíno da liberdade civil e política, que para eles tem o significado inequívoco de que a obrigação se acha expressa e, ao mesmo tempo, limitada na lei”.

social necessária. Essa concentração sempre foi, portanto, a marca dos modelos inquisitivos.

Percebendo essa matriz distintiva – concentração de poderes – entre os dois sistemas, Geraldo Prado (2016b, p. 327) fixa o seguinte argumento:

*O horizonte, pois, da perspectiva analítica com a qual trabalho identifica no equilíbrio de poderes e faculdades entre as partes no processo penal o fundamento do que para mim é um sistema acusatório ideal, enquanto percebe na acumulação quântica deste poder por uma das partes ou pelo juiz os sinais do modelo inquisitivo. Há neste aspecto relação direta e inequívoco vínculo entre o sistema acusatório e o estado de direito.*

Essa abordagem relacional entre os princípios processuais penais com os princípios políticos do Estado é realizada por Karl-Heinz Gössel (2014), para quem o princípio de Estado de direito deve ser concebido como princípio organizativo de caráter obrigatório, em razão do qual decorrem diretamente todos os princípios do processo penal, ou como consequência necessária deste.

Invocando doutrinas de Locke e Montesquieu, Gössel (2014, p. 295) ressalta que “*cualquier poder se halla principalmente al servicio de su propia perpetuación y ampliación, y esta búsqueda todopoderosa de utilidad lleva de manera casi necesaria al abuso*”. Assim, a ideia de que o poder penal é poder estatal, implica reconhecer que os mesmos princípios orientadores da organização e o exercício do poder estatal igualmente devem influir no exercício do poder punitivo do Estado durante o processo penal.

Dentre as várias manifestações desta conexão, para ficar apenas naquilo que Gössel enquadra como “garantia contra os abusos” (2014, p. 294), está a concepção do processo como contenção da autoridade estatal por meio da divisão de poderes.

O processo inquisitivo, nessa perspectiva, identifica-se exatamente na ausência de distribuição de poderes na persecução penal (GÖSSEL, 2007, p. 12):

*La concentración del poder en una mano permite al soberano hacer uso del poder público de manera uniforme e ilimitada al*

*servicio del bien del Estado, definido por el soberano mismo; el ciudadano se reduce a la calidad de simple objeto del poder del soberano. El proceso inquisitivo se nos manifiesta como reflejo fiel de tal concepto del Estado: el poder punitivo se concentra en un sólo órgano, que procede a degradar al inculcado a la categoría objetiva de ser un medio subordinado al fin, la obtención de la verdad. Pero entonces llegamos a comprender: sólo superando el absolutismo nos es posible sentar las bases para una reforma de fondo del proceso de inquisición.*

Se proclama deste modo a ideia fundamental de que a corrupção do poder estatal somente poder ser evitada pela separação de poderes, no âmbito do processo, esse freio se traduz na necessária separação das diferentes fases da persecução penal sob domínio e controle mútuo de órgãos distintos. Nesse sentido, ainda Gössel (2014, p. 295):

*Así como el poder estatal fue dividido en tres poderes parciales (legislativo, ejecutivo y judicial), también lo fue, consecuentemente, el poder penal unificado del proceso inquisitivo. El proceso penal fue fracturado en tres estadios: la instrucción, el requerimiento acusatorio y la sentencia judicial, y además se creó, con la fiscalía como institución acusatoria, un órgano que servía tanto para el control de la policía instructora como del tribunal sentenciante, el cual, a su vez, controla tanto a la fiscalía como a la policía. 26 Los diferentes estadios del proceso penal se hallan, por lo tanto, bajo el dominio de diferentes órganos, que deben controlarse mutuamente, por supuesto en la medida del Derecho y de la justicia, a la cual también está ligada la totalidad del poder estatal y, por consiguiente, del poder penal.*

Essa perspectiva, calcada na ideia de proscrição de acumulação de poderes no processo penal, municia o intérprete de condições dogmáticas para se permitir um exame crítico mesmo nos sistemas acusatórios “ao extremo”, como o é o modelo estadunidense. Apenas desse modo é que se desnuda a inquisitorialidade oculta em que, paradoxalmente, a doutrina tradicional costuma apontar ser o ideal da “acusatorialidade”.

Nesse sentido, Geraldo Prado (2016b, p. 327):

*no processo acusatório de origem anglo-americana as disfunções advêm da ruptura do equilíbrio entre as partes, em um quadro de oposição entre acusação e defesa em que a acusação de ordinário dispõe de muito mais recursos que a defesa para se preparar para o litígio. A experiência norte-americana re-*

*vela o significado que o equilíbrio de poderes adquire no delineamento dos sistemas processuais.*

Identificar esses resquícios ou investidas inquisitoriais em sistemas onde as garantias básicas do processo foram alcançadas é a nova fase da dogmática processual penal, que deve estar vigilante contra as tendências de acumulação de poderes no processo penal. Nesse sentido Fauzi Choukr (2018, p. 47):

*E é exatamente pela crítica de concentração de poder que se quer destacar a face contemporânea da inquisitividade que se encontra caracterizada toda vez que houver uma superposição de poderes ou atribuições em um mesmo interveniente processual conjugada à baixa transparência de suas posturas persecutórias e ao baixo grau de controle ou capacidade de confrontação dos atos praticados.*

Essa perspectiva, portanto, permite desvelar o equívoco de se defender a ideia de que é indiferente ao sistema acusatório “a coincidência e concentração na mesma figura dos poderes de investigação e de acusação”, noutras palavras, que a “aglutinação de papéis não importará em qualquer desvirtuamento [sic] do sistema acusatório” (FISCHER, 2012, p. 53).

Embora historicamente idealizada – porque era o problema do processo daquela época (e ainda é) – para o enfrentamento da concentração de poderes na figura do magistrado, o ideal acusatório falecerá no seu íntimo propósito se não se mostrar como barreira à acumulação de poderes em outros atores da persecução penal. Aqui, pois, a preocupação é outra mas igualmente relevante, que é “analisar o comportamento sistêmico quando forem concentradas as funções investigativas, persecutórias e adjudicatórias num mesmo interveniente” (CHOUKR, 2018, p. 48).

Nesse sentido, Geraldo Prado (2016b, p. 327) faz alusão à doutrina que se formou nos países em que essa acumulação é percebida a mais tempo, onde se tem buscado novas estruturas processuais para exatamente colocar as partes<sup>29</sup> (agentes persecutórios) nos seus devidos e necessários lugares:

---

29 Aqui entendido como “parte” do sistema estatal de persecução penal.

*Os juristas europeus de fato estão preocupados com a questão. No projeto levado a cabo por professores de três universidades espanholas (Complutense de Madrid, Universidad de las Islas Baleares e Universidad de Murcia), que resultou no denominado Livro Verde da Direção da Investigação Penal pelo Ministério Público, entre 2008 e 2011, um dos problemas a serem enfrentados consistiu em separar o Ministério Público dirigente da investigação daquele responsável pela acusação, pois que 'as funções de investigar e acusar estão separadas como consequência das exigências do princípio da contradição'. Este princípio, destaca a pesquisa, 'não é uma construção meramente teórica, mas sim o resultado da evolução dos sistemas jurídicos'.*

Esse fenômeno da acumulação de poderes variados pelo órgão acusador deve ser alvo de maior atenção, pois, segundo ainda Geraldo Prado (2016b, p. 325-326), as organizações criam culturas e expandem ideologias, como a que supõe a neutralidade política da instituição Ministério Público, com reflexos em sua intervenção como parte acusadora no contexto do processo penal.

A concepção amplamente disseminada no meio acadêmico e que é recepcionada na jurisprudência de que o Ministério Público, no âmbito do processual penal, não se curva apenas a interesses da pretensão acusatória (como parte), mas também a proteção dos direitos fundamentais do acusado, reverbera na maior amplitude de poderes que se confere a este no processo penal. Nesse sentido, impecável a observação de Geraldo Prado (2016a, p. 143):

*Era assim que o processo inquisitório procurava legitimar as suas práticas: apelando à confiança na pessoa do juiz, em sua integridade moral e na, em tese, inabalável capacidade de não se deixar influenciar pela hipótese que ele próprio cogitava ao início, com a notícia crime, portando-se como um super-homem, acima das emoções e paixões que dominavam os demais mortais. Falhar nisso, sustentava a ideologia inquisitória, não era algo 'natural' e somente poderia ser explicado por raríssimos desvios singulares, ainda mais raramente reconhecidos. Tais desvios, resulta implícito no raciocínio, não guardavam relação com o 'ambiente procedimental'.*

Ainda nessa perspectiva, destacando que o mito povoa o imaginário do processo penal e é causa de distorções por vezes imperceptíveis, anota Rubens Casara (2015, p. 152):

*Em uma sociedade que se acostumou com o autoritarismo, a presença de mitos que reforçam a opressão estatal e o poder penal não causa surpresa. Sem que a dogmática tradicional se preocupe em explicá-los, o processo penal brasileiro está repleto de mitos, de figuras, ou conclusões, utilizadas no discurso; porém não demonstradas, fundadas 'não sobre conhecimentos racionais, mas sobre crenças.' É disso que se trata a afirmação de que o Ministério Público atua imparcialmente no processo penal: uma crença, um mito.*

A necessidade de se impor limites aos poderes dos atores do processo penal se deve ao reconhecimento de que na realidade (vale dizer, na atuação concreta dos poderes penais) os comportamentos processuais dos envolvidos tendem ao abuso. Assim, uma teorização sobre o processo penal deve levar em consideração a realidade da fragilidade das instituições (sem que isso implique menosprezo a qualquer agência estatal), porque o imaginário ainda é autoritário e os mitos governam inconscientemente as ações.

As experiências históricas sugerem, portanto, que o equilíbrio de poderes e faculdades no âmbito do processo penal, quanto ao paradigma acusatório, requisita estruturalmente a distinção das atividades de persecução penal em três grandes etapas: fase preliminar, fase preparatória e fase de juízo.

Assim, por reconhecer a necessidade de equilíbrio na atribuição de poderes aos atores parciais (acusação e defesa), a separação entre investigação criminal e ação penal é uma exigência do sistema constitucional, motivo porque, “incumbir o autor da ação penal da atribuição para investigar pulveriza os limites que separam uma coisa da outra” (PRADO, 2016b, p. 331).

Pela separação de poderes tem-se uma decorrente aptidão do sistema para correção interna dos abusos do poder, pois como afirma Gössel (2007, p. 37):

*El principio de la división de poderes enseña algo más. La mera instauración de la división de poderes, y la división de los poderes en las fases de la investigación penal, no alcanzan por sí solas aún al triunfo de la justicia, frente al poder de orientación utilitaria. Los poderes divididos deben influir entre sí, controlándose mutuamente e imponiéndose límites.*

A abordagem relacional entre o Estado de direito e o sistema acusatório comina a negação de qualquer forma de monopólio (aglutinação) de poderes no processo penal, sendo que certo que o acesso aos meios de investigação (ou meios de obtenção de prova), dentre os quais, o acordo de colaboração premiada, não pode estar exclusivamente concentrado nas mãos do órgão acusador, porque essa exclusividade tenderia ao seu emprego abusivo.

Nesse sentido, Gustavo Badaró (2017, p. 143), destacando aquilo que pensamos ser o resgate de ideias autoritárias sob novas roupagens:

*É inegável que vivemos um retorno a um modelo de concentração de funções: o Ministério Público investigou, estabeleceu a verdade dos fatos, decidiu, estabelecendo a pena que foi aceita pelo colaborador resignado, e puniu. Como ocorria séculos atrás, a fogueira da inquisição continua acesa, só tendo sido trocado quem exerce o papel de inquisidor!*

Essa preocupação é ainda maior quando se percebe a desnaturação do acordo de colaboração premiada pela prática forense (o que destacamos em tópico anterior), em que as tentativas a fórceps de implantação de um acordo de pena no mais agressivo modelo americano colocam em risco a tentativa de alcançar o equilíbrio no âmbito do sistema acusatório de um Estado de Direito.

Revelando essa mesma preocupação, o Min. Marco Aurélio, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508, consignou (BRASIL, 2018a, p. 9-10):

*A Constituição Federal, ao estabelecer competências, visa assegurar o equilíbrio entre os órgãos públicos. A concentração de poder é prejudicial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, razão pela qual interpretação de prerrogativas deve ser feita mediante visão global, do sistema, sob pena de afastar a harmonia prevista pelo constituinte.*

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A colaboração premiada certamente trouxe novos paradigmas aos processos investigativos de casos difíceis. Por meio da atuação ativa probatória do investigado, a persecução criminal tem obtido alcance

de estratos superiores da criminalidade antes nunca expostos à responsabilização penal judicial. A sua essência é, portanto, probatória. Os efeitos penais e processuais penais decorrentes do acordo entre Estado e investigado guardam íntima relação com a atividade colaborativa que este deve desempenhar.

A euforia por parte daqueles que a encaram como novo modelo de justiça penal consensual e, portanto, antídoto para os problemas crônicos do processo penal clássico é de causar preocupação. Frente a frente estão a postulação por uma maior efetividade da persecução penal e a necessidade de se oferecer ao cidadão um modelo de justiça e mecanismos processuais pautados no respeito ao ser humano.

O processo penal tem por razão de ser impor limites ao exercício do poder. Assim, o poder de se alcançar a pena pelo processo cerce-se de formas-garantias criadas para proteção do cidadão, as quais não podem ser entendidas como embaraços ao poder punitivo, mas como avanços democráticos no sentido de se construir um processo adequado às exigências racionais para alcance de uma decisão justa.

O processo penal, porquanto direcionado à supressão da liberdade e, pois, da dignidade pessoal, precisa se estruturar de tal modo que o poder contenha o poder, que os poderes exercidos pelos agentes do Estado se cooperem e ao mesmo tempo se autolimitem, porque as instituições são falhas, porque falhos são os agentes que exercem em nome delas o poder. Assim, as funções desenvolvidas pelo Estado ao longo da persecução penal – investigação, acusação, decisão – devem se colocar de forma que possam conter umas às outras.

O sistema acusatório de processo penal requisita distribuição dos poderes em distintos atores no processo penal. A acumulação dos poderes de investigar e de acusar em uma única agência estatal, nesse contexto, compromete o equilíbrio necessário para o desempenho de funções teologicamente distintas. A arquitetura lógico-jurídica de um devido processo penal não pode ignorar as consequências perniciosas de tal aglomeração de poderes, notadamente quando esses poderes impactam qualitativamente na investigação criminal, função essencial ao exercício da jurisdição criminal.

A legitimidade do Delegado de Polícia para celebrar acordos de colaboração premiada não apenas guarda fidelidade ao programa constitucional da Polícia Judiciária, enquanto detentora das prerrogativas para o adequado exercício da atividade investigativa, como também traduz uma consequência inerente ao sistema acusatório processual penal, assentado no equilíbrio dos poderes decisórios (investigar, acusar, defender e julgar) que se exercem no processo.

**CAIO CÉSAR CORDEIRO DE OLIVEIRA SILVA**

DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL  
ESPECIALISTA EM DIREITO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

## **AWARDED COLLABORATION AGREEMENT: THE POLICE DELEGATE'S LEGITIMACY IN THE ACCUSATORY SYSTEM**

### *ABSTRACT*

This paper is an analysis of the Police Delegate's legitimacy to conclude award-winning collaboration agreements. Based on the normative paradigm of Law No. 12.850 / 13, the nature of the award-winning collaboration is compared to other typical criminal justice institutes. In the Brazilian model, award-winning collaboration is presented as a means of obtaining evidence, a resource to be used in the investigation of certain forms of modern crime, and is, by its nature, within the scope of the prerogatives (power-duty) of Police Delegates, which have the original and autonomous ability to enter into agreements in the course of their investigations. It is evaluated how the criminal procedural model built historically in Brazil, based on the separation of state functions during criminal prosecution, impacts on the constitutional and functional jurisdiction of the Judiciary Police for the execution of collaboration agreements. The need for balance in the allocation of powers during the various stages of the prosecution reflects the need for the power to apply for precautionary measures not to concentrate solely on the power of the accusing party.

**KEY WORDS:** Awarded Collaboration. Judiciary Police. Legitimacy. Accusatory system.

## **ACUERDO DE COLABORACIÓN OTORGADO: LA LEGITIMIDAD DEL DELEGADO DE POLICÍA EN EL SISTEMA ACUSATORIO**

### **RESUMEN:**

Este documento es un análisis de la legitimidad del Delegado de Policía para concluir acuerdos de colaboración galardonados. Basado en el paradigma normativo de la Ley N ° 12.850 / 13, la naturaleza de la colaboración galardonada se compara con otros institutos de justicia penal típicos. En el modelo brasileño, la colaboración galardonada se presenta como un medio para obtener evidencia, un recurso que se utilizará en la investigación de ciertas formas de delincuencia moderna y, por su naturaleza, está dentro del alcance de las prerrogativas (servicio de poder) de los Delegados de la Policía. , que tienen la capacidad original y autónoma de celebrar acuerdos en el curso de sus investigaciones. Se evalúa cómo el modelo procesal penal construido históricamente en Brasil, basado en la separación de las funciones estatales durante el enjuiciamiento penal, impacta en la jurisdicción constitucional y funcional de la Policía Judicial para la ejecución de acuerdos de colaboración. La necesidad de un equilibrio en la asignación de poderes durante las diversas etapas del enjuiciamiento refleja la necesidad de que el poder solicite medidas cautelares para no concentrarse únicamente en el poder de la parte acusadora.

**PALABRAS-CLAVE:** Colaboración premiada. Policía judicial. Legitimidad Sistema acusatorio.

### **REFERÊNCIAS**

- AMARAL, Thiago Bottino do. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, p. 359-390, ago. 2016.
- ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada: O novo paradigma do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora, 2016.
- ARMENTA DEU, Teresa. Principio acusatorio: realidad y utilización. *Lo que es y lo que no es. IUS ET VERITAS*, Lima, n. 16, p. 216-230, 1998. Disponível em: <<https://bit.ly/2RLrqt9>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

- BACHMAIER WINTER, Lorena. SISTEMAS PROCESALES: LA HORA DE SUPERAR LA DICOTOMÍA ACUSATORIO-INQUISITIVO. IUS - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C, Puebla, n. 24, p. 172-198, 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2RLv326>>. Acesso em: 07 out. 2018.
- BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: BOTTINI, Pierpalo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Orgs.). Colaboração Premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). Dicionário de política. 1. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: \_\_\_\_\_; MOURA, Maria Thereza de Assis (Orgs.). Colaboração Premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 5 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 07 nov. 2018.
- \_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. Petição. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5508/DF – Distrito Federal. Procurador-Geral da República: Rodrigo Janot Monteiro de Barros, 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5508/view>>. Acesso em: 10 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. Congresso. Senado. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10>. Acesso em: 15 out 2018.

- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5508/DF – Distrito Federal. Ministro Relator Marco Aurélio, 2018a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483/PR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=101996666>>. Acesso em: 15 out. 2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 907/STF. 2018b. Disponível em: <<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>>. Acesso em: 15 out. 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 133. ano 25. p. 133-171, jul. 2017.
- CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Orgs.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013. In: BOTTINI, Pierpalo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba*, n. 30, p. 163-168, dez.

1998. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Os Sistemas Processuais Agonizam? In: Observações sobre os sistemas processuais penais. PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma: um diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 62, p. 23-59, out./dez. 2016.

DIPP, Gilson. A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP/EDB, 2015. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portale-de-ebooks>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

ENCCLA. Manual de colaboração premiada. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

FERREIRA, Regina Cirino Alves. Caso Tiradentes e repressão penal: passado e presente. Revista Liberdades, São Paulo, n. 1, p. 79-90, mai./ago. 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2QwTe83>>. Acesso em: 10 out. 2018.

FISCHER, Douglas. O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156. In: Leonardo Barreto Moreira Alves e Fábio Roque de Araújo. (Org.). O Projeto do Novo Código de Processo Penal. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FRAGOSO, Christiano Falk. Autoritarismo e sistema penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos e políticos do processo penal. Tradução de Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: RT, 1996.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro), In: YARSHELL, Flávio Luiz, MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GÖSSEL, Karl-Heinz. El derecho procesal penal en el estado de derecho: obras completas. Tomo 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

\_\_\_\_\_. EL PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO Y LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL. Lex. Revista de la Facultad de Derecho Y Ciencia Política de Universidade Alas Peruanas, v. 10, n. 9, 2014.

ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa e AGUIAR, Julio Cesar de. Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico. Revista de Processo, São Paulo, v. 263, ano 42, p. 429-430, 2017.

KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro. Acusatório, misto ou inquisitório? Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, nov. 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2RLuWUe>>. Acesso em: 07 out. 2018.

LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatório-inquisitivo. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 11-42, jan./jun. 2015.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarca-la. Boletim Informativo IBRASPP, São Paulo, ano 3, n. 4, p. 15-17, jan. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2zR50Ve>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpalo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Orgs.). Colaboração Premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

- MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 66-87, 2015.
- MORO, Sérgio Fernando. Prefácio. In: ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada: O novo paradigma do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora, 2016.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016a.
- \_\_\_\_\_. Para além do reducionismo acusatório-inquisitório: a inserção do justo processo no estudo dos temas do processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 964, fev. 2016b.
- PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 135-169, ago. 2016a.
- \_\_\_\_\_. *Investigação pelo Ministério Público*. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALRINO, Ezequiel; AMBOS, Kai. *Polícia e investigação no Brasil*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016b.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25. ed. alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.
- SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2008.
- TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 11. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das Tendências de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015a.

- \_\_\_\_\_. Colaboração premiada no processo penal. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- \_\_\_\_\_. Sistemas processuais penais: as contribuições das visões histórica e de direito comparado para o desvelamento da essência acusatória. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 13, n. 58, p. 127-152, jul./set. 2015b. Disponível em: <<https://bit.ly/2B1Sa1m>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

