



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA
UNIÃO - CGU
GABINETE

PARECER n. 00287/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.107368/2018-45

INTERESSADOS: CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU/CRG-PR

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

EMENTA: 1. Compartilhamento de provas entre instâncias apuratórias diversas: a vedação ao uso de informações fornecidas pelo colaborador premiado em seu desfavor. 2. PARECER n. 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 15 de maio de 2018: reafirmação das conclusões e avanço e aperfeiçoamento do entendimento da CONJUR/CGU a partir da ampliação do objeto da consulta anterior. 3. Acordos de leniência e delação premiada x devido processo legal: dever do Estado, por quaisquer de suas representações e manifestações funcionais, agir com lealdade e boa-fé no âmbito processual. 4. Restrição à utilização de prova compartilhada produzida a partir de informações prestadas em acordo de leniência ou colaboração premiada: possibilidade de punição do infrator com base em outros elementos de prova que não aqueles produzidos com a sua participação. 5. Utilização de informações apresentadas por pessoa jurídica em sede de acordo de leniência em processo disciplinar em desfavor de agente público também colaborador em outro negócio jurídico processual (prova cruzada): possibilidade. 6. Força probante dos elementos colhidos em delação premiada: valor probatório limitado das declarações prestadas por colaboradores.

I- RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta encaminhada pela Coordenação-Geral de Normas e Capacitação da Corregedoria-Geral da União (CGNOC/CRG/CGU) que tem por objeto a temática da utilização da prova compartilhada, que foi objeto da análise jurídica materializada no Parecer nº 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU.

2. A dúvida que desencadeou a consulta surgiu no Núcleo de Ações Correcionais da Controladoria-Geral da União do Estado do Rio de Janeiro (NACOR/CGU-RJ), que formulou os seguintes questionamentos:

Ainda, referente ao Parecer nº 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, questiono sobre a posição da CRG a respeito de utilizar delação de empresa privada para responsabilizar funcionário de empresa pública por atos delatados também por este. No caso em tela, a empresa denunciou funcionário que também é delator e apresentam os mesmos argumentos. Entende-se que se trata de prova conseguida por outra forma? Ou resta a prova contaminada pela delação do acusado?

Por fim, essas delações compartilhadas trazem apenas os depoimentos (não apresentam nenhuma documentação probatória). Deve-se instaurar alguma diligência adicional ao MPF para buscar documentação que embase a colaboração? Ou parte-se da delação, como se comprovada fosse, para a acusação?

3. A demanda foi inicialmente submetida à competente análise técnica da Corregedoria-Geral da União, da

qual resultou a Nota Técnica 1.743/2018/CGNOC/CRG, em que se encontram os seguintes entendimentos:

3.9. Dessa maneira, a não utilização dos elementos de prova objeto da determinação judicial pode vir a significar a não utilização dos fatos relatados pelo colaborador, cujo depoimento foi compartilhado com a CGU, para responsabilizá-lo disciplinarmente. Se entendido dessa forma, a eventual prova de terceiro contra servidor pelo mesmo acontecimento que este relatou em sede de colaboração premiada não poderia ser utilizada em desfavor dele. Nesse caso, as circunstâncias denunciadas por terceiro já fariam parte do relato do colaborador e, portanto, dos elementos de prova compartilhados com a CGU.

3.10. Por essa razão, a melhor medida de cautela seria aquela sugerida pela CONJUR, no sentido de solicitar ao juízo competente o esclarecimento quanto ao limite da restrição à sua utilização, com especificação da forma que a restrição judicial recai sobre os elementos de prova compartilhados com a CGU.

3.11. Isso porque, entendendo-se que a colaboração impediria a responsabilização disciplinar do colaborador pelos fatos por ele contados, seria imprescindível o cotejo entre os fatos denunciados por terceiro e aqueles descritos pelo colaborador para fins de verificação de quais deles poderiam remanescer para fins de eventual repercussão na esfera disciplinar.

(...)

3.27. Entende-se, portanto que, se no contexto judicial, a colaboração premiada é tratada, antes da persecução penal, como mero meio de obtenção de prova, devendo ser submetida ao contraditório e ter sustentação em outros elementos de corroboração externa inseridos no conjunto probatório analisado pelo juiz quando proferir a sentença, oportunidade em que verificará a eficácia do acordo homologado, impõe-se, como medida de cautela, que a comissão disciplinar que eventualmente utilize depoimentos prestados em sede de colaboração premiada busque colher os referidos elementos externos de corroboração que são exigidos em sede judicial para justificar condenação com base na referida colaboração premiada.

4. Na sequência, a d. subscritora da Nota Técnica 1.743/2018/CGNOC/CRG propôs o encaminhamento da consulta a esta Consultoria Jurídica, nos seguintes termos:

3.28. A despeito desse entendimento, haja vista tratar-se a dúvida de matéria de natureza jurídica, advinda de interpretação, para fins disciplinares, de dispositivos da Lei 12.850/2013 e do próprio Parecer nº 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU e que pode vir a balizar a conduta das Comissões Processantes desta CGU, e, ainda, uma vez que na presente nota técnica há posicionamento divergente daquele já exarado anteriormente pela Consultoria Jurídica, mostra-se prudente submeter a questão àquele órgão de assessoramento, para fins de examinar as hipóteses brevemente analisadas na presente Nota Técnica.

5. Os autos aportaram nesta CONJUR/CGU, impulsionados pelo Despacho CGNOC s/nº de 06/07/2018:

Assim, corroboro a opinião de que as considerações devam ser submetidas à Consultoria Jurídica, primeiramente, por se tratar de matéria eminentemente jurídica e, ainda, pela aparente divergência em relação a parecer outrora proferido.

6. É o relato do essencial à compreensão da demanda.

II - FUNDAMENTAÇÃO

7. Em maio do corrente ano esta CONJUR/CGU se pronunciou sobre questões jurídicas afetas ao compartilhamento de provas produzidas na esfera judicial criminal para fins de utilização em apuratório administrativo disciplinar, ocasião em que foi exarado o Parecer nº 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, no bojo do processo 00190.106999/2017-66.

8. Naquela consulta foi agitada a controvérsia sobre possibilidade, ou não, de eventual renúncia da pretensão punitiva pela Administração em benefício de servidor que houvesse prestado colaboração premiada em processo judicial, que irrompeu em caso concreto de apuração realizada pela Corregedoria-Geral da União, a partir da resposta encaminhada pela Secretaria da 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro no Ofício nº OFI.0044.001439-3/2017, referente à solicitação de compartilhamento de provas formulada pela CRG/CGU. Eis o teor de trecho do Ofício nº OFI.0044.001439-3/2017 que gerou a celeuma:

De ordem do MM Juiz Federal, Dr. MARCELO DA COSTA BRETAS, em resposta ao ofício nº13743/2017, informo a Vossa Senhoria que o compartilhamento de provas somente será possível após o órgão requerente assumir o compromisso de não utilizar os elementos de provas contra os colaboradores que os produziram.

9. Não obstante a d. Corregedoria-Geral da União, em análise preliminar da questão, ter manifestado que o informado no Ofício nº OFI.0044.001439-3/2017 implicaria no afastamento do *jus puniendi* da Administração, a análise jurídica levada a efeito nesta CONJUR resultou no entendimento de que *"a situação narrada na consulta não tem por objeto, necessariamente, o afastamento do jus puniendi da Administração, mas, isto sim, uma restrição à utilização da prova produzida em sede de delação premiada para fundamentar a condenação do respectivo colaborador na instância disciplinar"*, e que, nessa senda, *"diante de eventual restrição judicial à utilização da prova compartilhada, a Administração poderá punir o infrator com a sanção disciplinar prevista na legislação de regência, desde que o faça com base em outros elementos de prova que não aqueles produzidos em sede de delação premiada"*.

10. No Parecer 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU também foram examinadas outras questões relacionadas aos institutos negociais denominados acordo de leniência e colaboração premiada, a força normativa de regras jurídicas criadas no âmbito negocial ou por decisão judicial, bem como a utilização da prova compartilhada em outra instância apuratória, sendo pertinente citar as conclusões lançadas no opinativo em questão, para uma melhor compreensão de seu conteúdo:

- o o aparato clássico do Direito Penal se revela incapaz de combater as novas formas e espécies de desvios sociais difusos, sendo necessário que os agentes estatais responsáveis pelo combate à corrupção e outras espécies delitivas atuem munidos de um outro instrumento que não aqueles relacionados ao litígio processual e suas típicas estratégias belicosas;
- o a negociação é instrumento utilizado no âmbito processual e visa conferir maior efetividade à tutela de bens jurídicos relevantes, valendo-se de mecanismos que operam num ambiente macro processual em que, por vezes, se faz necessário sobrepujar a perspectiva micro processual sancionatória retributiva, para se alcançar um resultado amplo, efetivo e satisfatório no combate à ilicitude;
- o a situação narrada na consulta não tem por objeto, necessariamente, o afastamento do *jus puniendi* da Administração, mas, isto sim, uma restrição à utilização da prova produzida em sede de delação premiada para fundamentar a condenação do respectivo colaborador na instância disciplinar;
- o diante de eventual restrição judicial à utilização da prova compartilhada, **a Administração poderá punir o infrator com a sanção disciplinar prevista na legislação de regência, desde que o faça com base em outros elementos de prova que não aqueles produzidos em sede de delação premiada;**
- o não há decisão judicial condicional, de forma que a vedação à utilização da prova compartilhada não é uma opção que deva ser realizada pela Administração, mas uma imposição feita pelo judiciário;
- o por segurança, o órgão interessado na utilização da prova compartilhada poderá solicitar ao juízo em que elas foram produzidas que esclareça o limite da restrição à sua utilização, com especificação dos elementos sobre os quais recai a restrição;
- o a decisão judicial cria uma regra jurídica particular, cuja normatividade alcança a todos os jurisdicionados, em conformidade com o princípio da inafastabilidade da jurisdição;
- o também o acordo de delação premiada, na qualidade de negócio jurídico processual, cria uma regra jurídica individualizada, de natureza convencional, que após ser chancelada pelo Judiciário, passa a irradiar efeitos normativos;
- o a regra jurídica individualizada criada pela decisão judicial ou produzida no âmbito do acordo de delação premiada por consenso entre os interessados, e posteriormente chancelada pelo Judiciário, possui efeitos normativos que podem alcançar a Administração, estabelecendo situações jurídicas a serem observadas na seara disciplinar;
- o a Administração permanece vinculada ao princípio da legalidade, de forma que a não utilização da prova compartilhada deve decorrer de imposição judicial ou de regra jurídica prevista no acordo de delação premiada.

11. O Parecer 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU foi aprovado pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, Wagner de Campos Rosário (Despacho de Aprovação nº 672/2018/GM), o que significa dizer que o entendimento jurídico assentado orientará a atuação dos servidores no âmbito deste Ministério.

12. Calha registrar que as conclusões lançadas no Parecer 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU são produto de análise jurídica delimitada pelo conteúdo da consulta que tinha como lastro um caso concreto enfrentado pela CRG/CGU, que se consubstancia em limitador lógico-jurídico objetivo da extensão da análise. A novel consulta que ora aporta nesta CONJUR caracteriza-se por questionamentos de maior amplitude, o que permitirá que se avance na análise

jurídica da temática da utilização da prova compartilhada, conforme será engendrado nos tópicos seguintes.

II.1. DA IMPORTÂNCIA DOS INSTITUTOS NEGOCIAIS ENQUANTO INSTRUMENTOS DE COMBATE À ILÍCITOS

13. Inicialmente, cumpre ressaltar que permanece incólume o entendimento manifestado no Parecer 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, em que se destacou, dentre outras coisas, que o aparato clássico do Direito Penal se revela incapaz de combater as novas formas e espécies de desvios sociais difusos, sendo necessário que os agentes estatais responsáveis pelo combate à corrupção e outras espécies delitivas atuem munidos de outros instrumentos que não aqueles relacionados ao litígio processual e suas típicas estratégias beligerantes.

14. Definitivamente, é necessário que a sociedade e, notadamente, os agentes públicos que atuam no combate à corrupção e outras espécies de delitos, compreendam que a colaboração prestada pelo infrator pode ser importante e até mesmo imprescindível para o deslinde de fatos que propiciem o dismantelamento de organizações criminosas, a cessação da atividade delitiva e a recuperação de recursos públicos, em benefício da sociedade.

15. Com efeito, ressoa pelos quatro cantos da nação a urgência de uma nova compreensão dos órgãos públicos acerca do combate à corrupção com base nos instrumentos de negociação, na senda do alertado por Nicolau Dino, que atento à complexidade dos institutos de colaboração, ressalta que:

(...) a busca da colaboração de investigados/réus infratores, **em troca de benefícios quanto a sanções, não implica em abdicar da tutela da probidade, mas sim alcançá-la de modo mais eficiente.** Confere-se, por essa via, maior efetividade ao regramento normativo e aos mecanismos de controle da improbidade, com a possibilidade de estender a atuação repressiva do Estado a escalões e estruturas de poder - político ou econômico - outrora considerados inatingíveis, se não houvesse a cooperação de outros envolvidos.

Em outras palavras, o emprego da colaboração premiada na esfera da responsabilização por improbidade administrativa não implica livre disponibilidade da ação, mas sim o exercício de uma discricionariedade regrada, condicionada pela busca de maior eficiência e efetividade na atuação repressiva do Estado. (...)^[1]

(grifos acrescentados)

16. Destarte, os acordos de leniência e colaboração premiada não se consubstanciam, portanto, em um benefício entregue gratuitamente ao infrator. São, isto sim, instrumentos que operam num âmbito específico, qual seja, o da negociação, em que se faz necessário lançar mão de uma estratégia que, de tão bem sucedida na política e na diplomacia, agora é utilizada no ambiente processual, no intuito de se conferir maior efetividade à tutela de bens jurídicos relevantes, valendo-se de mecanismos que operam num ambiente macroprocessual em que, por vezes, se faz necessário sobrepujar a perspectiva microprocessual sancionatória retributiva, para se alcançar um resultado amplo, efetivo e satisfatório no combate à ilicitude.

17. Relembrando o que foi exposto no Parecer 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, é preciso ter em conta que, no âmbito do poder-dever sancionador, a punição de um fato pelo Poder Público requer, mais que o conhecimento de sua ocorrência, a sua comprovação no âmbito de um devido processo legal, de forma que a ignorância estatal pode representar verdadeira frustração da aplicação de uma penalidade.

18. Afinal, rememorando o que foi dito em outra oportunidade, *vivemos em tempos em que Tício não mais se preocupa em valer-se de algumas colheres de açúcar para matar Caio que é diabético. Na atualidade, Tício, fazendo uso de um computador e de sua influência empresarial, dá origem a um dano difuso, pondo em risco, inclusive, a própria soberania estatal. E consequentemente, esse mesmo agente (Tício) é responsável pelas disparidades sociais que impedem que outros Caios e Mévios possam ter acesso ao mesmo computador e à mesma influência empresarial daquele, restando a estes, pois, a única possibilidade de continuarem a prática do furto, o roubo, o homicídio, a lesão corporal, etc.*^[2]

19. Os institutos negociais caracterizam-se por uma bilateralidade de utilidades: de um lado, a amenização das sanções passíveis de serem aplicadas ao **infrator colaborador**; de outro, a identificação e a comprovação de atos delitivos que permitem a atuação do Estado.

20. Afigura-se indene de dúvidas, pois, que a utilização da negociação no âmbito processual penal e administrativo sancionatório é também uma forma de afirmação do ordenamento jurídico estatal, por se tratar de medida que visa conferir maior efetividade à apuração de atos e fatos violadores de bens e valores juridicamente relevantes.

21. É preciso ter em conta que, em não raros casos, a não celebração de um acordo de leniência entre a Administração e uma determinada empresa, interessará, e muito, aos agentes públicos corrompidos e a outras sociedades empresárias e particulares que participaram do esquema delitivo. Cenário em que perde a sociedade e lucram os infratores.

II.2 - DA PARTICIPAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NAS NEGOCIAÇÕES E NA CELEBRAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

22. O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal, conforme dispõe o § 10 do art. 16 da Lei nº 12.846, de 2013.

23. Somando-se a isso, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece competir à Advocacia-Geral da União (AGU) a representação judicial e extrajudicial da União - art. 131 -, dispositivo constitucional esse regulamentado pela Lei Complementar nº 73, de 1993, a qual dispõe, em seu art. 4º, inciso VI, que são atribuições do Advogado-Geral da União desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente.

24. Nesse sentido, como a AGU é o órgão legitimado para propor a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa em que a União apareça como prejudicada, bem como a ação judicial da Lei nº 12.846/2013, a consequência lógica disso decorrente é que ela possui atribuição não apenas para autorizar, mas também para tratar acerca dos fatos em questão, inclusive na seara negocial.

25. Em virtude disso, a Advogada-Geral da União e o Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União editaram a Portaria Conjunta AGU/CGU nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016 que, legitimamente derivada das Leis 8.429/92 e 12.846/2013, dispõem sobre a participação dos membros da AGU e CGU no processo de acordo leniência. A Portaria foi publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, de 16 de dezembro de 2016, página 220, definindo "os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União".

26. Essa atuação conjunta da CGU e da AGU visa, em última instância, dar maior segurança jurídica ao instituto do Acordo de Leniência e aos que colaboram com a persecução do Estado, amplificando as descobertas de ilícitos, mas alcançando também outras esferas de responsabilidade (cível e administrativa), pois mesmo não sendo possível vincular a atuação de outros órgãos - MP e TCU - há uma mitigação dos riscos de aplicação de sanções aos colaboradores em outras esferas, já que há cláusulas nos acordos que preveem a possibilidade de adesão de outras autoridades ao acordo (com compromisso de não utilização das provas contra os colaboradores), além do estabelecimento do dever à União de defender os termos do Acordo em qualquer esfera ou grau de jurisdição.

27. Ademais, o fortalecimento de parcerias com instituições que promovem a defesa do patrimônio público é um pilar importante do trabalho institucional da CGU, fixado no Decreto 8.910, de 2016 (Art. 10, inciso XXII) e em seu objetivo estratégico para o quadriênio 2016-2019: "Fortalecer a parceria com os atores que promovam a defesa do patrimônio público, a melhoria da gestão e o enfrentamento da corrupção".

28. Por fim, não se pode deixar de ilustrar que esse esforço institucional da CGU vem produzindo bons frutos. Destacamos o acordo de leniência firmado com as empresas [REDACTED] e [REDACTED] em decorrência de ilícitos investigados no âmbito da Operação LavaJato (<http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes>). É bem verdade que antes da celebração do acordo com a CGU e AGU, o MPF já havia firmado instrumento semelhante com as referidas empresas. Apesar de os instrumentos terem sido celebrados em momentos distintos, houve muito diálogo institucional entre MPF, CGU e AGU com o fim de se evitar incongruências e desequilíbrios, mas sempre respeitando-se as competências institucionais de cada órgão e os trabalhos anteriormente desenvolvidos que trataram dos mesmos fatos e sobre valores a serem ressarcidos ao Estado. (<https://istoe.com.br/cgu-agu-e-mpf-assinam-e-enaltecem-primeiro-acordo-global-de-leniencia/>)

II.3 - DA COMPETÊNCIA LEGAL PARA O PROCESSO DE ACORDO DE LENIÊNCIA E RECENTES DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA

29. A Lei nº 12.846, de 2013, como já visto, regula o processo de acordo leniência no seus artigos 16 e 17. O

Decreto nº 8.420/2015, por sua vez, detalhou ainda mais o rito procedimental estruturado na Lei nº 12.846/2013, conforme se observa nos artigos 28 a 40 do regulamento federal. Para fins de definição de competência legal para instauração do processo de acordo leniência, transcreve-se o do art. 16 da Lei:

"Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

(...)

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira."

30. Assim, paralelamente ao Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), a instauração do Processo de Acordo de Leniência, nos termos da Lei 12.846, de 2013, sem dúvida alguma consubstancia uma atuação legítima e diligente das competências legais e investigativas do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU).

31. Competência essa indeclinável e inafastável por atos de hierarquia inferiores à Lei, lembrando que, conforme ressaltado por Caio Tácito, *não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito.*^[3]

32. Não é demais ressaltar, competência é estabelecida por Lei; não pode ser modificada por instruções normativas ou outros atos de menor hierarquia. Pode, quando muito, ser regulamentada, mas desde que atenda o requisito básico de ser prevista em Lei. Afinal:

Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.^[4]

33. E como dito no capítulo anterior, com a edição da Portaria Conjunta AGU/CGU nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016, legitimamente derivada das Leis 8.429/92 e 12.846/2013, a Comissão de Negociação composta por Auditores Federais de Finanças e Controle e por Advogados Públicos Federais estáveis no serviço público, no âmbito do processo de Acordo de Leniência, poderá realizar as diligências que entender necessárias para verificar se as informações trazidas pela empresa são úteis ou não para futuros processos administrativos, dentro dos limites de uma negociação.

34. O Acordo de Leniência representa, pois, uma evolução no nosso sistema sancionador, que permite, cada vez mais, a obtenção de soluções consensuais para problemas jurídicos que, infelizmente, vêm se tornando rotineiros, como é o caso da responsabilização pela prática de atos de corrupção.

35. Assim como a colaboração premiada pode ser firmada pelo Ministério Público ou por Delegado de Polícia, tal não ocorre com o acordo de leniência, em razão dos claros termos do art. 16, § 10 da Lei 12.846, de 2013 segundo o qual "a CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal". Tal competência, no âmbito do Poder Executivo federal, não impede seu exercício em conjunto com outras autoridades que detém competência institucional de combater a corrupção. Em outras palavras, os demais órgãos do

Estado poderão, em conjunto com a CGU, celebrar acordos de leniência, não o podendo fazer de forma isolada. Nesse sentido vem decidindo o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

"EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **LEI ANTICORRUPÇÃO. MICROSSISTEMA. ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA.**

1. A Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção (LAC) estatuiu sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de natureza privada pela prática de atos contrários aos interesses do Poder Público e sua administração, tanto nacionais quanto estrangeiras.

2. O Acordo de Leniência pressupõe como condição de sua admissibilidade que a pessoa jurídica interessada em fazê-lo manifeste *prima facie* sua disposição, reconhecendo expressamente a prática do ato lesivo, cessando-o e prestando cooperação com as investigações, além de reparar integralmente o dano causado.

3. O Acordo de Leniência é uma espécie de colaboração premiada em que há abrandamento ou até exclusão de penas, em face da colaboração na apuração das infrações e atos de corrupção, justamente para viabilizar maior celeridade e extensão na quantificação do montante devido pelo infrator, vis-a-vis a lesão a que deu causa, ao tempo em que cria mecanismos de responsabilização de co-participantes, cúmplices normalmente impermeáveis aos sistemas clássicos de investigação e, por isso, ocultos. Esse o objetivo da norma e sua razão de ser, tendo por pano de fundo, obviamente, o inafastável interesse público.

4. Enquanto a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) busca, primordialmente, punir o agente público ímprobo, alcançando, eventualmente, o particular, a Lei Anticorrupção (LAC) tem por objetivo punir a pessoa jurídica envolvida em práticas corruptas, podendo também, em sentido inverso, identificar agentes públicos coniventes, levando-os, por consequência, para o campo de incidência da LIA.

5. Não há antinomia abrogante entre os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.249/1992 e o artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador pátrio objetivou responsabilizar subjetivamente o agente ímprobo, e nesta, o *mens legislatoris* foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos atos de corrupção.

6. No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microssistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução.

7. Por isso, na hipótese de o Poder Público não dispor de elementos que permitam comprovar a responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção, o interesse público conduzirá à negociação de acordo de leniência objetivando obter informações sobre a autoria e a materialidade dos atos investigados, permitindo que o Estado prossiga exercendo legitimamente sua pretensão punitiva.

8. Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a peça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.

9. Esse o contexto que levou o legislador a prestigiar o acordo de leniência tal como hoje consagrado em lei, quando abrandou ou excluiu sanções à pessoa jurídica que, em troca de auxílio no combate à corrupção, colabora com as investigações e adota programas de *compliance* e não reincidência na prática de atos corruptivos, desde que confirmada a validade do acordo de leniência.

10. A autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria Geral da União (CGU).

11. Não há impedimentos para que haja a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, havendo, portanto, a necessidade de uma atuação harmônica e cooperativa desses referidos entes públicos.

12. O acordo de leniência firmado pelo [REDACTED] no âmbito administrativo necessita ser re-ratificado pelo ente competente, com participação dos demais entes, levando-se em conta o ressarcimento ao erário e a multa, sob pena de não ensejar efeitos jurídicos válidos.

13. Enquanto não houver a re-ratificação do acordo de leniência, a empresa deverá permanecer na ação de improbidade, persistindo o interesse no bloqueio dos bens, não porque o MP não pode transacionar sobre as penas, mas porque o referido acordo possui vícios que precisam ser sanados para que resulte íntegra sua validade, gerando os efeitos previstos naquele ato negocial.

14. Provido o agravo de instrumento para determinar a indisponibilidade de bens das empresas pertencentes a [REDACTED] "

36. Registramos que em 31/08/2018, o Desembargador LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE - da 4ª Turma do TRF da 4ª Região, no âmbito do do AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5032589-78.2018.4.04.0000/PR, manifestou esse mesmo entendimento, firmando posição no sentido de que o órgão competente para firmar acordo de leniência no âmbito do Poder Executivo federal é a CGU.

37. Essas decisões advindas do Egrégio TRF 4ª Região vêm apenas indicar o caminho seguro a ser seguido pelas instituições públicas responsáveis pela prevenção e pelo combate a corrupção: o diálogo institucional e o respeito à Lei. O protagonismo nessa importante atuação deve ser do Estado Brasileiro e não de uma ou outra instituição. As interpretações jurídicas devem sempre primar pelo fortalecimento e estímulo dos institutos de colaboração premiada e acordo de leniência, que vem permitindo a descoberta de graves ilícitos praticados contra a Administração Pública.

38. O momento, conforme já foi dito, é de conjugação de esforços, para se tentar elucidar e penalizar ilícitos já cometidos, além de tentar coibir infrações futuras, criando-se uma cultura de desincentivo à prática de tais atos, bem como de incentivo à colaboração premiada/acordo de leniência para o seu desmantelamento.

II.4. DO ACORDO DE LENIÊNCIA E DE COLABORAÇÃO PREMIADA NA PERSPECTIVA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA DIGRESSÃO PELO PARECER 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU

39. Conforme posto no Parecer 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, o Acordo de Leniência e a Colaboração Premiada são espécies de negócios jurídicos processuais. Caracterizam-se pela bilateralidade própria do ato negocial, sendo, pois, decorrentes da manifestação da vontade não coincidente das partes, construídos mediante consenso e celebrados no bojo de um processo administrativo ou judicial. Tratam-se, pois, de uma derivação do clássico instituto *ato jurídico lato sensu*.

40. Para uma melhor contextualização do tema, convém lembrar, inicialmente, que *ato administrativo típico* e o *negócio jurídico administrativo* nada mais são que derivações de institutos basilares do direito privado (direito civil) denominados *ato jurídico* e *negócio jurídico*, aos quais são agregados atributos típicos do direito público.

41. Na esfera judicial é comum a realização de acordo entre as partes, sendo a transação uma forma de composição do litígio.^[5]

42. Na seara criminal, onde há tempos existe o *sursis* (suspensão condicional da pena), a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e multa (art. 72 e 76 da Lei 9.099/95) e a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95, verificou-se uma notável evolução dos institutos negociais com o advento do *acordo de colaboração premiada*, previsto na Lei 12.850/2013.

43. A doutrina especializada compreende a *colaboração premiada* como uma técnica especial de investigação em que o coautor de uma infração penal grave, além de confessar o seu envolvimento no ilícito, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução dos fins legais, recebendo, por essa razão, uma sanção premial. Para Vinícius Gomes de Vasconcellos, “a colaboração premiada é um acordo realizado entre acusador e defesa, visando o esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva”.^[6]

44. A Administração também pratica atos negociais, análogos aos negócios jurídicos disciplinados pelo direito privado, sendo que “seus traços nucleares residem na consensualidade para formação do vínculo e na autoridade de seus termos, os quais se impõem igualmente para ambos os contratantes”.^[7]

45. Assim é que o *acordo de leniência* é produto de manifestações de vontades externadas de forma bilateral, vocacionadas à produção de efeitos jurídicos que, embora não coincidentes, são desejados por ambas as partes. Ao celebrar um acordo de leniência, a Administração obtém informações e elementos de prova úteis à apuração dos atos lesivos que dificilmente seriam identificados sem a colaboração do infrator interessado em transacionar que, por sua vez, tenciona um abrandamento da pena que lhe seria imposta ordinariamente segundo os ditames da legislação de regência, pelo que se dispõe a oferecer, em troca, os elementos de prova que a Administração almeja. São, pois, interesses

contrapostos, mas que, não obstante, contribuem, de alguma forma, para a satisfação do interesse público consubstanciado na responsabilização dos infratores e na recuperação de ativos procedentes do ilícito.

46. Previsto pela Lei nº 12.846, de 2013, conhecida também como Lei Anticorrupção – LAC, o *acordo de leniência* é instrumento típico de apuração de atos lesivos praticados contra a Administração e de obtenção de provas. Nas palavras de Carolina Fidalgo e Rafaela Canetti:

“Acordos de Leniência são acordos celebrados entre o Poder Público e um agente envolvido em uma infração, com vista à sua colaboração na obtenção de informações sobre o tema, em especial sobre outros partícipes e autores, com a apresentação de provas materiais de autoria, tendo por contrapartida a liberação ou diminuição das penalidades que seriam a ele impostas com base nos mesmos fatos”.^[8]

47. O que se verifica nos institutos negociais *acordo de leniência* e *colaboração premiada* é que o acusado abandona a posição de coadjuvante para se tornar protagonista no processo, no capítulo em que a trama é desvendada a partir das informações por ele fornecidas, num roteiro idealizado pela legislação, construído pelo consenso e inspirado no interesse público. Um legítimo negócio jurídico processual celebrado em um processo caracterizado pela colaboração e cooperação, inspirado em componentes matriciais do *due process of law*.

48. Retornando ao *acordo de leniência*, em específico, se faz importante diferenciar a transação nele perseguida daquela presente nos processos civis tradicionais. Nestes, o autor da ação geralmente apresenta uma demanda maior, no intuito de conseguir um acordo de menor valor, mas que ainda assim lhe seja vantajoso. A natureza da transação nos acordos de leniência (tal como ocorre na colaboração premiada na instância penal) é em sentido distinto. Visa a otimizar a persecução administrativa, pela confissão de culpa e orientação para a obtenção de elementos de prova que, na sua falta, dificilmente seriam encontrados pela Administração Pública.

49. A partir dessa exposição teórica, é possível constatar que o acordo de leniência é um negócio jurídico processual, produzido no âmbito administrativo, consubstanciado em um ajuste de vontades celebrado pela Administração e por pessoas jurídicas que praticaram atos ilícitos.

50. Não se pode perder de vista que o Acordo de Leniência foi instituído em razão de uma visão **funcionalista**, na qual os instrumentos sancionadores estão a serviço da ordem jurídica e social, em busca de sua maior efetividade, que no caso se dá com a aplicação da sanção devida e com o ressarcimento dos danos causados ao Erário.

51. Observamos, assim, ser pré-requisito essencial para a celebração do acordo a efetiva contribuição do particular nas investigações realizadas pelo Estado. Por essa razão, considera-se o acordo de leniência um instrumento de alavancagem da investigação.

52. Ainda sobre a vantagem para a Administração Pública na negociação e celebração de acordo de leniência, transcrevemos abaixo apresentação do sítio eletrônico oficial do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, que divulgou, no dia 1º de março de 2017, o passo a passo dos processos de acordos de leniência de que trata a Lei Anticorrupção, além de explicações sobre objetivos e competências legais:

“O acordo de leniência fundamenta-se minimamente em quatro pilares:

1. O acordo de leniência tem o objetivo de trazer novos elementos de prova sobre ilícitos (a chamada “alavancagem investigativa”). Por ele se amplia a possibilidade [a] de sanção sobre outros sujeitos (agentes públicos, privados e outras empresas) cujas condutas ou respectivos elementos de prova não eram de conhecimento do órgão de controle, e [b] de recuperação de valores procedentes da corrupção junto a esses outros atores;

2. Os acordos de leniência buscam permitir a reparação dos danos causados pelo ilícito. Em realidade, mediante acordo, essa reparação se dará de forma mais célere e eficaz em comparação com os indicadores de recuperação de valores obtidos através das ações de improbidade ou das execuções dos julgados do TCU. Deve-se atentar que os acordos a serem celebrados pela Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) não darão quitação integral quanto aos danos, ou seja, caso o TCU apure outros danos nos casos objeto do acordo, poderá ele condenar a empresa a ressarcir-los independentemente do acordo (artigo 16, § 3º, da Lei Anticorrupção);

3. O acordo de leniência demanda que as empresas passem a atuar dentro de padrões de integridade e *compliance*. Isso significa que a assinatura do acordo de leniência depende [a] da aprovação prévia pela CGU de um programa de integridade e [b] da sujeição, por parte da empresa, ao acompanhamento da implementação deste respectivo programa pela CGU. Assim, o que se tem, na verdade, é um contrato de conduta controlada que a lei impõe à empresa por tempo predeterminado;

4. Haverá a perda de todos os benefícios caso a empresa descumpra o acordo. Neste caso, reabre-se ou instaura-se o PAR, podendo a empresa vir a ser declarada inidônea, e executam-se os valores devidos, bem como ficará impedida de realizar novo acordo pelo prazo de três anos (artigo 16, § 8º, da Lei Anticorrupção) e será incluída no Cadastro Nacional de Empresas Punidas.

Como se vê, o Acordo de Leniência é muito mais amplo e eficaz para fins de prevenção da corrupção do que a sanção de inidoneidade no âmbito do PAR. Isto porque, ao mesmo tempo em que o Acordo amplia a investigação, permite a reparação mais eficaz de valores e obriga a empresa a atuar de forma ética, não a exime das sanções do PAR em caso de descumprimento do Acordo. É desta perspectiva que a CGU atua e cumpre a Lei Anticorrupção.” (negritos no original e sublinhados nossos) (in <http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/03/ministerio-da-transparencia-esclarece-procedimentos-do-acordo-de-leniencia> consulta em 30/09/2018).

53. Pois bem. Ainda que o fenômeno fosse observado pela lente de um arcaico sistema de justiça retributiva baseado exclusivamente na vingança penal, seria preciso ter em conta que para aplicar uma sanção, o Estado-Juiz ou o Estado-Administração não podem prescindir de um *devido processo legal*. Por exigência do *princípio da necessidade* o poder de sancionar só se realiza no processo^[9], e desde que devidamente comprovados materialidade e autoria do ilícito. Conforme mencionado por CANOTILHO, COKE definiu o devido processo em uma das suas acepções como sendo "aquele que consagra processo e acusação por homens de bem e justos e, conseqüentemente, requer um juízo de prova e culpabilidade".^[10] E a vedação da produção de provas por meios ilícitos^[11] é um princípio de estatura constitucional que opera no âmbito do *due process of law*, assim como também os princípios da lealdade processual e da boa-fé objetiva, dentre outros.

54. Verifica-se, pois, que para que seja aplicada a sanção a um cidadão ou sociedade empresária em um devido processo legal é necessário, antes, comprovar a sua culpa e a extensão de sua responsabilidade na prática do ato ilícito. Sem provas não pode haver condenação. E a prova tem que ser obtida por meios lícitos. E mais: para além da licitude dos meios de *produção*, na complexidade própria dos instrumentos de combate à ilícitos de feição negocial, também é necessário observar a legitimidade da *utilização* da prova em esferas apuratórias diversas.

55. Isto porque, sendo o compartilhamento da prova uma ocorrência interprocessual, juridicamente possível estabelecer que a sua utilização em outros processos pode ter que observar as restrições impostas no processo originário. É óbvio que as nuances do caso concreto podem estabelecer exceções, mas, via de regra, os princípios da boa-fé objetiva, da lealdade processual e da segurança jurídica e da proteção da confiança, como facetas que se complementam semanticamente, exigem um comportamento estatal pautado pela ética, lealdade e boa-fé.

56. Trata-se de um novo cenário processual em que:

O processo deixa de ser uma espécie de "Coliseu", uma sangrenta arena de lutas e de antagonismos irracionais, para assumir dimensão humanizada, síntese de valores constitucionais imanentes à civilidade (v.g., igualdade, liberdade, justiça substancial, solidariedade, segurança) e em irrestrita reverência à dignidade da pessoa humana, no campo da resolução de conflitos intersubjetivos ou coletivos. naturalmente, o modelo de processo dialógico (e dialético), segundo parâmetros ético-morais, pressupõe, como instrumentos operativos, a colaboração e a cooperação das partes (o agir conjuntamente, o somatório de esforços), indelevelmente tatuadas pela boa-fé (subjetiva e objetiva), lealdade processual, solidariedade e equilíbrio entre liberdade e igualdade. nessa paisagem, a reciprocidade entre todos os sujeitos processuais é premissa essencial para a existência de um processo cooperativo.^[12]

57. Nessa senda, o uso de elementos indiciários ou probatórios desvendados pelo próprio infrator, por ação sua, num sistema consensual, apresenta limitação, já que eventual compartilhamento da prova obtida com a colaboração não poderá contrariar sua lógica e ser utilizada contra quem a produziu, surpreendendo o agente e quebrantando o pacto inicial.

58. Conforme ressaltado no Parecer 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, ninguém pode ser compelido a

produzir prova contra si próprio. *Acusare nemo se debet nisi coram Deo.*^[13] E não podendo ser compelido, o acusado também não pode ser engabelado, mediante uma formulação jurídica que viesse a criar um benefício processual ilusório, visto que inapto a garantir a situação jurídica tencionada pelo agente colaborador nas demais esferas apuratórias.

59. É dever do Estado, por quaisquer de suas representações e manifestações funcionais, agir com lealdade e boa-fé, respeitando as legítimas expectativas dos administrados, inclusive as dos infratores.

60. Trata-se, *ultima ratio*, da observância da exigência do *fair trial* caracterizador de um devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*), muito bem explicada no voto do Min. Gilmar Mendes, proferido no julgamento do AI 529.733, nos termos do trecho citado a seguir:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos de que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todoo aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça.

61. No Parecer 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU foi destacada a pertinência da utilização dos ensinamentos da doutrina processualista para uma melhor compreensão da questão jurídica em exame, dada a relação inextricavelmente imbricada entre o postulado do *due process of law* e a jurisdição, enquanto componente da tríade característica da teoria geral do processo, ressaltando-se, todavia, que uma autêntica relação jurídica processual não se configure somente no âmbito judicial. Afinal:

A composição dos conflitos de interesses pode se dar de inúmeras formas, por outros agentes do Estado que não sejam os juízes. E nem se salva a teoria (carneluttiana) acrescentando que o juiz realiza uma justa composição da lide, pois ninguém poderá afirmar que as demais formas de composição de conflitos realizadas pelos agentes do Poder Executivo, não sejam igualmente justas e conformes à lei.^[14]

62. Com efeito, não obstante o arcabouço doutrinário de uma teoria geral do processo ter sido construído sob a perspectiva do processo judicial, o postulado do devido processo legal e os institutos que lhe são corolários são igualmente aplicáveis na seara administrativa, no âmbito da atividade que visa a composição de conflitos estabelecidos entre a Administração e os administrados.

63. É sabido que o processo, em uma das suas acepções, é o instrumento posto à disposição do jurisdicionado que possui aptidão para a satisfação de interesses legítimos tutelados pelo ordenamento jurídico, consubstanciando-se num valor permanente e inalterável” na condição de instrumento da “definição e realização do direito”.^[15]

64. Mais que um direito, o devido processo legal é uma garantia que visa a proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, *caracterizado por sua excessiva abrangência e quase que se confunde com o Estado de Direito.*^[16]

65. Neste ponto, calha lembrar que *Estado de Direito* não significa ampliação do Poder estatal pela multiplicidade de instâncias apuratórias. É justamente o contrário. O princípio da independência das instâncias apuratórias deve ser compreendido no paradigma jurídico-político em que o poder é limitado pelo poder, inspirado na célebre lição de Montesquieu segundo a qual “a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites. (...) Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder.”^[17]

66. No Estado Constitucional Democrático de Direito, o Direito é a moldura dentro da qual se considera aceitável o uso do poder, isto é, o jogo político e todas as demais manifestações do poder estatal. “Embora (o poder) seja

um ato emanado sobretudo da força, esta não pode, todavia, vir desacompanhada de uma natureza jurídica. O poder não consegue exercer-se dentro do Estado enquanto pura e exclusiva força bruta; ele há de sempre dizer por que veio, tornando-se nesse discurso, necessariamente, jurídico."^[18]

67. Noutro giro, em sua acepção instrumental sobressai o caráter publicista do processo, que antes de se prestar à realização de vontades particulares e individuais, serve ao Estado para a realização de seus objetivos, tais como pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial, garantia à liberdade, oferta de meios de participação democrática e, também, a atuação da vontade concreta da lei, esse como objetivo jurídico-instrumental. Assim, “sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram.”^[19]

68. E não há dúvida de que os fins que movem o Estado a celebrar um acordo de leniência ou de colaboração premiada (recuperação de valores, identificação de autoria e materialidade delitiva até então desconhecidos, desmantelamento de organização criminosa, etc.) estão acobertados pelo interesse público que legitima a ordem processual.

69. O instituto deve, portanto, ser interpretado como um instrumento que faz parte do sistema normativo de proteção da Administração Pública, de maneira que seu diálogo com outros instrumentos do direito sancionador deve ser feito de maneira a não inviabilizar sua efetividade ou atentar contra a sua razão de existir.

70. Portanto, soa razoável que, no âmbito do devido processo legal que dá sustentação ao Estado Democrático de Direito, a exigência da produção lícita e utilização legítima da prova venha a restringir o seu aproveitamento por outra instância apuratória a partir do compartilhamento.

71. Mais uma vez: a independência de instâncias apuratórias consubstancia-se em medida de aprimoramento da atuação estatal que se operacionaliza por meio da segregação de funções. Mas tal não se traduz num aumento indiscriminado do poder sancionador que, como qualquer outra faceta de poder, encontra-se limitado pelas molduras que caracterizam o Estado Democrático de Direito, sendo o devido processo legal - juntamente com seus consectários: a vedação de prova ilícita, a proteção da confiança, a boa-fé objetiva, etc. - uma de suas mais importantes balizas.

72. Afinal, "o debate da boa-fé objetiva, alicerçado na lealdade, como cláusula genérica da ética processual, a par de atalhar o subjetivismo, valoriza, no instrumento, a confiança e a proteção das legítimas expectativas".^[20]

73. É sabido que o compartilhamento de provas entre instâncias judicial e administrativa é intercorrência processual admitida pelo Supremo Tribunal Federal já faz algum tempo, como pode ser verificado no seguinte julgado:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **PROVA PRODUZIDA EM AÇÃO PENAL EMPRESTADA PARA UTILIZAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. VALIDADE.** INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CRIMES PUNÍVEIS COM PENA DE DETENÇÃO. CRIMES CONEXOS. POSSIBILIDADE. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. MANDADO DE SEGURANÇA. FASE PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é válida a utilização, em processo administrativo, de provas emprestadas no Processo Penal. Precedente.

(...)

(MS 28.538, Min. Marco Aurélio). 5. Agravo regimental a que se nega provimento.(RE 810906 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 11-09-2015 PUBLIC 14-09-2015)

74. A dificuldade surge quando o material probatório a ser compartilhado tenha sido produzido no âmbito de acordo de colaboração premiada, em que fora inserida (expressamente) ou se vislumbre (implicitamente) cláusula protetiva em benefício do colaborador, que lhe assegure a não utilização das informações por ele fornecida em seu desfavor.

75. Assim é que, não obstante a pacificação do tema no STF no que tange ao compartilhamento de provas em geral, questionamentos vêm surgindo com relação ao empréstimo de provas do processo penal decorrentes de instrumentos de colaboração dos co-réus e partícipes para utilização em outras esferas. A questão tem sido ponderada em decisões judiciais em que está sendo construído o entendimento no sentido de que não se pode seguir a mesma lógica do

compartilhamento de provas obtidas a partir da simples atuação do Estado.

76. De fato, recentemente (abril de 2018) o Juiz Sérgio Moro decidiu, nos autos da Petição nº 5054741-77.2015.4.04.7000/PR, promover aditamento em várias decisões de compartilhamento de provas, para a elas agregar a vedação da utilização de provas fornecidas por colaboradores contra eles próprios para aplicação de sanções em outras esferas, pois a admissão de culpa não pode ser utilizada contra o colaborador em um caso subsequente. Segundo o Magistrado, somente assim se amplificará a eficácia dos instrumentos de colaboração. Por fim, decidiu que **"apenas em casos específicos e após autorização judicial específica é que uma prova poderá ser utilizada contra o colaborador**. Destacamos, abaixo, alguns trechos desta decisão:

"A inaplicabilidade de sanções diretas ou indiretas aos colaboradores ou lenientes com base em provas e elementos probatórios colhidos ou ratificados em processos de colaboração é medida que tende a amplificar a eficácia dos acordos.

O acordo envolve obrigações bilaterais entre as partes e garantias, tanto durante as tratativas, quanto na fase posterior à homologação judicial. Se, de um lado, o colaborador reconhece a sua culpa e participa da colheita e produção de provas, do outro, **o órgão de persecução não só oferece benefícios como deve garanti-los.**

De todo modo, **a questão é relativamente complexa tendo em vista a autonomia entre as esferas criminal, cível e administrativa, a vinculação subjetiva dos acordos e a inexistência de um posicionamento assente na jurisprudência das Cortes Superiores.**

Examinando o Direito Comparado, **os Estados Unidos possuem entendimento** mais assentado sobre a questão. A regra 410 do *Federal Rules of Evidence*, que registra regras de introdução e interpretação de evidências em processos cíveis e criminais, prevê que **é proibido o uso da prova colhida através da colaboração premiada contra o colaborador em processos civis e criminais.**

A finalidade desse dispositivo interpretativo, de acordo com os professores de Harvard, Charles R. Nesson, Eric D. Green e Peter L. Murray, é em breve síntese, prover uma opção através da qual se possa obter todos os efeitos de uma convicção criminal sem que a admissão de culpa seja utilizada contra o colaborador em uma(sic) caso subsequente (disponível em <http://www.law.harvard.edu/publications/evidenceiii/professorpages/tmch2c.htm>).

Isto é, **a ressalva quanto ao uso da prova contra o colaborador, em processos subsequentes, é circunstância que fortalece o instituto da colaboração premiada**, pois dá e garante a amplitude da responsabilização pelos crimes assumidamente praticados.

Certamente, trata-se do exemplo do Direito Comparado e que tem presente a legislação estrangeira, mas que, como se trata de regra de interpretação, também pode ser aqui considerado.

Em princípio, a obtenção de efeito análogo no direito pátrio é viável através da especialização da prova compartilhada, conforme requerido pelo MPF.

(...)

Caso pretendida a utilização das provas ou das informações com esta finalidade, ficará ela sujeita à autorização específica deste Juízo, ou seja, da apresentação de novo requerimento.

(Decisão assinada eletronicamente em 02/04/2018, código verificador 700004304376v20 e CRC 3a5f58f8 - **os destaques são nossos**).

77. **Na data de 28 de agosto de 2018**, a 1ª Turma do STF entendeu, de forma unânime, ser legítimo o compartilhamento de provas produzidas em sede de acordo de leniência com os limites estabelecidos no instrumento consensual, ou seja, desde que não acarrete eventual prejuízo aos colaboradores. No voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, foi destacado que no compartilhamento de provas decorrentes de instrumentos de colaboração devem ser adotadas especiais cautelas.

78. A r. Decisão ressaltou, porém, que as autoridades públicas que não aderirem aos termos do acordo de

leniência, **não** estariam impedidas de realizar investigações e persecuções distintas, mas estariam vedadas de utilizar, para esses casos, os elementos probatórios produzidos pelos próprios colaboradores em razão do negócio firmado.

79. Conforme se observa, a r. Decisão da Corte Suprema está em sintonia com o entendimento manifestado por esta Consultoria Jurídica no Parecer 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, e preserva, assim, **a possibilidade de atuação independente dos órgãos legitimados para apurar e punir ilícitos em suas esferas (desde que o façam com base em outros elementos de prova que não aqueles produzidos em sede de delação premiada/acordo de leniência).**

80. A conclusão do voto citado acima é no sentido de que o compartilhamento de provas nessas situações peculiares precisa estar devidamente justificado e deverá respeitar os limites do acordo em relação à empresa e às pessoas físicas aderentes. Por sua clareza, transcrevemos a ementa:

"1. Penal e Processual Penal. 2. Compartilhamento de provas e acordo de leniência. 3. **A possibilidade de compartilhamento de provas produzidas consensualmente para outras investigações não incluídas na abrangência do negócio jurídico pode colocar em risco a sua efetividade e a esfera de direitos dos imputados que consentirem em colaborar com a persecução estatal.** 4. No caso em concreto, o inquérito civil investiga possível prática de ato que envolve imputado que não é abrangido pelo acordo de leniência em questão. 5. Contudo, deverão ser respeitados os termos do acordo em relação à agravante e aos demais aderentes, em caso de eventual prejuízo a tais pessoas. 6. Nego provimento ao agravo, mantendo a decisão impugnada e o compartilhamento de provas, **observados os limites estabelecidos no acordo de leniência em relação à agravante e aos demais aderentes.**"

(Inq 4420 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 12-09-2018 PUBLIC 13-09-2018)

81. Na mesma senda, em maio deste ano de 2018 o Ministério Público Federal, por suas 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção, editou a Orientação Conjunta nº 01/2018 que trata de acordos de colaboração premiada, e dispõe expressamente ser vedada a utilização, em desfavor do colaborador, da prova compartilhada com outras instâncias apuratórias, conforme pode ser observado no seu item 39:

39. As provas decorrentes do acordo de colaboração premiada poderão ser compartilhadas com outros órgãos e autoridades públicas nacionais, para fins cíveis, fiscais e administrativos, e com autoridades públicas estrangeiras, inclusive para fins criminais, **com a ressalva de que tais provas não poderão ser utilizadas contra os próprios colaboradores para produzir punições além daquelas pactuadas no acordo.** Esta ressalva deve ser expressamente comunicada ao destinatário da prova, com a informação de que se trata de uma limitação intrínseca e subjetiva de validade do uso da prova, nos termos da Nota Técnica nº 01/2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. (grifos acrescentados)

82. Conforme se depreende de tudo o que foi exposto até aqui, resta **evidenciado que os negócios jurídicos "acordo de leniência" ou "delação premiada", ainda que homologados pelo Poder Judiciário, não produzem efeitos obstativos da aplicação do ordenamento jurídico** em outras esferas apuratórias que não participaram do acordo e que detêm o dever e a competência legalmente estabelecida para investigar e punir os mesmos responsáveis em seus respectivos âmbitos de atuação. O que ocorre é que as informações produzidas na sede consensual, se compartilhadas, não deverão ser utilizadas como elemento de prova em desfavor do delator. Por óbvio que isso não significa que as outras esferas apuratórias não poderão exercer suas competências legais de investigar e, com provas obtidas independentemente das adquiridas pela colaboração premiada ou acordo de leniência, punir os infratores, inclusive os delatores/colaboradores. Mas essas outras esferas não podem exigir que estes delatores produzam provas contra si mesmos. Não podem, outrossim, agir de má-fé e punir quem colaborou fazendo uso das provas por ele apresentadas.

83. Portanto, pelos fundamentos jurídicos lançados acima, é possível concluir este capítulo reafirmando as conclusões lançadas no Parecer 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, no sentido de que a *restrição judicial à utilização da prova produzida em sede de delação premiada para fundamentar a condenação do respectivo colaborador na instância disciplinar não caracteriza o afastamento do jus puniendi da Administração que, diante de eventual restrição à utilização da prova compartilhada, poderá punir o infrator com a sanção disciplinar prevista na legislação de regência, desde que o faça com base em outros elementos de prova que não aqueles produzidos em sede de delação premiada".*

II.5. DOS QUESTIONAMENTOS VEICULADOS NA NOTA TÉCNICA 1.743/2018/CGNOC/CRG

84. A partir da conclusão lançada no Parecer 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU reafirmada no final do capítulo anterior, e consideradas as razões de ordem jurídica expostas até aqui, é possível avançar a outro ponto desta manifestação, no ensejo de apresentar resposta às indagações objeto da consulta formulada nestes autos.

85. Para uma melhor visualização da *quaestio iuris*, transcrevemos novamente as indagações que constituem o objeto da consulta:

Ainda, referente ao Parecer nº 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, questiono sobre a posição da CRG a respeito de utilizar delação de empresa privada para responsabilizar funcionário de empresa pública por atos delatados também por este. No caso em tela, a empresa denunciou funcionário que também é delator e apresentam os mesmos argumentos. Entende-se que se trata de prova conseguida por outra forma? Ou resta a prova contaminada pela delação do acusado?

Por fim, essas delações compartilhadas trazem apenas os depoimentos (não apresentam nenhuma documentação probatória). Deve-se instaurar alguma diligência adicional ao MPF para buscar documentação que embase a colaboração? Ou parte-se da delação, como se comprovada fosse, para a acusação?

II.5.1. Sobre a possibilidade de utilização de informações colhidas em informações prestadas por terceiros

86. Pois bem. Quanto ao primeiro questionamento, depreende-se que se trata de um desdobramento de uma das conclusões averbadas no Parecer 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, em que se ponderou que *diante de eventual restrição judicial à utilização da prova compartilhada, a Administração poderá punir o infrator com a sanção disciplinar prevista na legislação de regência, desde que o faça com base em outros elementos de prova que não aqueles produzidos em sede de delação premiada.*

87. Conforme exposto nos capítulos anteriores, a incidência de padrões normativos de índole processual-constitucional (como o postulado do devido processo legal e seus consectários, a regra da vedação da utilização de prova ilícita e os princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva), estabelecem diretrizes obstativas de utilização das informações colhidas em uma delação premiada em desfavor do colaborador, quando a sua contribuição é compartilhada com outras esferas apuratórias do Estado.

88. Como é sabido, as regras e princípios jurídicos que estruturam e contribuem no estabelecimento do conteúdo do postulado maior do *devido processo legal* funcionam como uma garantia de proteção para o jurisdicionado.

Proteção essa que é um "dever" dos tribunais na efetivação de um devido processo, em que não tenha vez qualquer comportamento mascarado, no qual o proibido não afronte o máximo do lícito: o preceito constitucional da ampla defesa e do contraditório exime da inadequação probatória obtida por meios escusos. O que é digno de nota é apostar-se pela inviolabilidade do direito fundamental, na (re)produção probatória. Toda obtenção de prova ilícita, reprise-se à exaustão, por consequência, agride direitos fundamentais constitucionais expressamente reconhecidos.^[21]

89. A utilização das informações e materiais probatórios obtidos a partir de atos negociais como a delação premiada ou o acordo de leniência em desfavor do colaborador podem vir a caracterizar uma violação do devido processo legal, pela inobservância da proibição da utilização de prova ilícita, na medida em que, ao contrariar uma regra ou princípio jurídico que determinam o espectro de normatividade e orientam a interpretação dos direitos e obrigações contemplados no acordo^[22], o uso de prova de viés clandestino pode revestir-se de antijuridicidade.

Sob esse ponto de vista, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais.^[23]

90. É nessa senda que começam a despontar atos de caráter normativo ou orientativo, como o é a Orientação Conjunta MPF 01/2018 e a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Inq 4420 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 12-09-2018 PUBLIC 13-09-2018), que evidenciam o desvelamento de um entendimento a respeito da **existência de um vínculo subjetivo, que liga o colaborador ao benefício concedido em determinada esfera apuratória, em troca de informações por ele prestadas que se mostraram úteis à investigação. Como o vínculo é subjetivo, isto é, o benefício está ligado à pessoa (ao colaborador), tal enlace permanece em outra esfera apuratória. Tal entendimento vai ao**

encontro da conclusão lançada no Parecer nº 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, repetida no item anterior, para com ela se harmonizar em estado de reafirmação.

91. E para além dos princípios jurídicos, ato normativo e entendimento jurisprudencial mencionados acima, será imprimida maior segurança jurídica à questão da vedação da utilização da prova compartilhada em desfavor do colaborador quando tal premissa estiver assentada em cláusula contratual do negócio jurídico por ele celebrado ou em decisão judicial, conforme também colocado no Parecer nº 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU.

92. A consulta, todavia, traz uma situação em que idênticas informações sobre ilícitos praticados contra a Administração foram prestadas por delatores distintos, pelo que é perquirida a possibilidade de uma espécie de utilização cruzada dessas informações. É dizer, tenciona-se utilizar as informações prestadas por empresa em acordo de leniência em desfavor de agente público acusado/indiciado em processo disciplinar que forneceu as mesmas informações em sede de delação premiada.

93. Pois bem. No Parecer nº 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU já havíamos alcançado o entendimento de que *'a Administração poderá punir o infrator com a sanção disciplinar prevista na legislação de regência, desde que o faça com base em outros elementos de prova que não aqueles produzidos em sede de delação premiada'*. Dissemos, portanto, que seria possível a punição do infrator pelos mesmos fatos por ele narrados em ato negocial, desde que fossem utilizados outros meios de provas independentes de sua própria delação.

94. A *quaestio* posta agora é revestida de maior complexidade. A relativa escassez de debates judiciais revelam a inópia jurisprudencial típica da ausência de enfrentamento de questões jurídicas específicas que desafiam uma análise mais aprofundada da temática. Entendimentos jurisprudenciais existem. Conforme dito acima, as diretrizes e entendimentos que têm orientado a atuação do Ministério Público e do Judiciário remetem à existência de um obstáculo à utilização das informações em desfavor da pessoa que as forneceu. A questão é saber se tal pessoa está protegida apenas em relação àquele material que ajudou a produzir, ou se está blindada dos fatos, ao ponto de não poder ser alcançada por eles ainda que sejam revelados - também - por terceiros. Esta é a *quaestio iuris* ainda não suficientemente enfrentada no debate judicial.

95. No cenário jurídico atual, a informação prestada por terceiro delator de modo totalmente desvinculado da delação do delator originário pode ser classificada como uma prova obtida de *fonte independente*.

96. Ao discorrer sobre as teorias do *fruto da árvore envenenada* e da *fonte independente* em sua tese de doutorado, André Luiz de Almeida Mendonça^[24] pondera que *a questão da fonte independente está diretamente relacionada à análise da conexão causal ou vinculação direta entre a prova considerada inválida e uma prova posterior que se encontre sob questionamento*.

En otras palabras, se considera independiente aquella prueba obtenida sin conexión causal directa con la prueba reputada por inválida, es decir, sin "vinculación directa entre la práctica de una diligencia de forma ilícita y la/s diligencia/s posterior/es" (ARMENTA DEU: 2011, 121-122).

97. A teoria da fonte independente foi acolhida pelo ordenamento pátrio, encontrando-se positivada no art. 157 do Código de Processo Penal por alteração legislativa promovida no ano de 2008. Confira-se:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. ([Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. ([Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. ([Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

98. É certo que a vedação da utilização da prova compartilhada não decorre da hipótese de ser a prova originária ilícita em sua essência. Com efeito, antijurídica pode ser a sua utilização em desfavor de quem colaborou na sua produção, conforme já explicado neste Parecer. Portanto ilícita não é a prova em si, mas a sua utilização em detrimento de determinada pessoa, quando essa colaborou para a produção da prova no âmbito de um acordo de leniência ou delação premiada.

99. Destarte, no cenário jurídico apresentado, à míngua de um posicionamento sobre a especificidade do tema por quem detém o monopólio da última palavra em um Estado Democrático de Direito, isto é, a *Jurisdição*, é forçoso reconhecer que, na atualidade, o que tem sido vedada é a utilização das informações em desfavor da própria pessoa que as forneceu em ato negocial firmado com o poder público, de forma que, na senda do que já havia sido posto no Parecer nº 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, é possível a responsabilização disciplinar do delator, desde que por outros meios de prova que não aqueles por ele produzidos ou que o foram com a sua colaboração, não sendo peremptório descartar, por ora, as informações relativas a delação realizada por terceiros, que pode ser considerado uma fonte independente.

100. Ressalta-se, todavia, que se trata de um posicionamento atual e eventualmente provisório, suscetível de ser alterado com o amadurecimento de um entendimento jurisprudencial que provavelmente ocorrerá num futuro próximo, por ocasião da intensificação e aprofundamento do debate judicial da temática jurídica.

II.5.2. Sobre a força probante das informações colhidas em colaboração premiada

101. Quanto à segunda questão jurídica veiculada na consulta, qual seja, sobre a força probante dos fatos narrados pelo delator premiado, há que se ter em conta que a preocupação quanto à consistência de uma denúncia ou de outra espécie de documento acusatório ronda a cabeça de juristas desde meados do século passado. É o que externou José Frederico Marques em uma de suas obras:

Ora, apresentar denúncia formulando acusação absolutamente inviável pela imediata conclusão de que será impossível resultar qualquer pronunciamento condenatório a respeito dos fatos narrados pelo denunciante, é propor ação sem legítimo interesse. Este último estará ausente sempre que se manifeste inviável a pretensão deduzida em juízo.^[25]

102. Nos termos do inciso I do art. 3º da Lei 12.850/2013, a colaboração premiada é um meio de obtenção de provas, sendo, portanto, um instrumento de investigação, ao lado da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (inciso II), da interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas (inciso V), do afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (inciso VI), dentre outros.

103. Por sua vez, as informações prestadas no âmbito do instrumento de investigação ou meio de obtenção de provas denominado colaboração premiada podem vir a constituir-se em indícios de materialidade e autoria delitivas, mas não se confundem com provas em sua acepção técnica.

104. A importância da prova para o processo é tema de que há muito se ocupa o meio jurídico. Conforme assentou aquele que talvez tenha sido um dos maiores dos juristas pátrios do século XIX na temática das provas processuais, Francisco Augusto das Neves e Castro, "todas as ações têm por fundamento um ponto de direito e um ponto de fato. Inúteis seriam as leis se não tivessem relação com algum fato, e desnecessária seriam também as ações, que constituem uma das teorias mais graves do direito e mais indispensáveis, para que ele se torne efetivo, se não houvesse os meios de investigar e determinar esses fatos que constituem o fim a que se dirigem as ações e o elemento objetivo do direito. Esses meios de investigar os fatos são o que chamamos provas."^[26]

105. Em verdade, o vocábulo prova é plurisignificante, podendo ser utilizado *em sentido objetivo (quando designa a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve) ou em sentido subjetivo (quando utilizado para designar o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz.*^[27]

106. Enfatizando a importância da prova no processo, MARINONI relembra a lição de Chiovenda, no sentido de que *o processo de conhecimento trava-se entre dois termos (a demanda e a sentença), por uma série de atos, sendo que "esses atos têm todos, mais ou menos, diretamente, por objeto, colocar o juiz em condições de se pronunciar sobre a demanda e enquadrar-se, particularmente no domínio da execução das provas."*^[28]

107. Ademais, as provas servem como componentes da necessária fundamentação das decisões proferidas no devido processo legal. "O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir indicando as razões da formação de seu convencimento. Cumpre ao magistrado das as razões de seu convencimento, mas sempre vinculado à prova dos autos".^[29] Afinal, "a fundamentação é a condição de possibilidade para a legitimidade da decisão, sendo que esta não pode estar baseada no sentimento pessoal do julgador."^[30]

108. Portanto, além de ser produzida em contraditório, a prova deve possuir vigor suficiente para atender as exigências de um devido processo legal formal e substantivo, robustez essa que a torna apta a atuar no convencimento do julgador, de forma que a sua decisão venha a estar amparada em uma necessária fundamentação elaborada a partir da realidade reconstruída à luz de determinado acervo fático produzido em contraditório, na dialeticidade própria do processo.

109. Sabe-se que a colaboração premiada, por expressa determinação legal (art. 3º, I, da Lei 12.850/13), é um meio de obtenção de prova, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal).

110. E sendo um "meio de obtenção" de prova, não pode ser confundida com a prova em si. Podem ser consideradas indícios, com aptidão de indicar o caminho para a obtenção da prova.

111. E sendo indícios, via de regra não são suficientes, s.m.j., a sustentar uma condenação em processo administrativo sancionatório ou disciplinar, em que se faz necessário a presença de elementos probatórios. É dizer, seria necessário que a partir dos indícios fossem alcançadas as provas dos potenciais atos ilícitos em apuração.

112. Noutro giro, há que se ter cautela com informações levantadas em sede de delação premiada ou acordo de leniência. Sabe-se que delatores só receberão o benefício quando a informação prestada for apta a revelar o funcionamento do esquema delituoso e apontar comparsas e demais pessoas envolvidas na prática de atos ilícitos. Assim, por motivos óbvios, é comum que delatores se esforcem para apresentar fatos imputáveis a outras pessoas, o que, todavia, não pode ser considerado como verdade absoluta.

O pacto no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança.^[31]

113. Com efeito, as informações levantadas nos depoimentos dos delatores consubstanciam-se em importante vetor orientativo para as investigações, mas não se confundem com elemento de provas. São indícios que, para serem transmutados em prova, exigem a descoberta de outros elementos de informação e comprovação acerca dos fatos apontados pelos delatores.

114. Tanto é assim que a Egrégia Suprema Corte Brasileira vem se debruçando sobre o tema com muita atenção e, com o fim de evitar injustiças e até mesmo processos penais sem qualquer probabilidade de condenação, vem decidindo que até mesmo a instauração de um processo penal deve vir acompanhada, além da versão de um colaborador, **de outras provas minimamente consistentes de corroboração**, pois se não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade. Nesse sentido, confira-se os recentes julgados do STF:

EMENTA Segundos embargos de declaração no inquérito. Decisão em que se rejeitou a denúncia. Intempestividade não configurada. Prazo para oposição dos embargos de declaração. Artigo 337, § 1º, do RISTF. Alegada contradição e omissão no julgado. Não ocorrência. Acordo de colaboração premiada. Depoimentos do colaborador. Eficácia e efetividade do acordo de colaboração premiada enquanto meio de obtenção de provas. Documentos produzidos unilateralmente pelo próprio colaborador. Apreensão anterior à celebração do acordo de colaboração. Imprestabilidade dos embargos de declaração para o reexame do julgamento da causa. Nítido inconformismo com o resultado do julgamento. Pretensão de rediscussão de matéria já decidida. Rejulgamento da causa. Impossibilidade. Embargos rejeitados. 1. É de cinco dias o prazo para a oposição de embargos de declaração contra acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em inquérito, conforme art. 337, § 1º, do RISTF. Inaplicável o art. 619 do Código de Processo Penal. 2. O acordo de colaboração premiada, como meio de obtenção de provas, é suficiente para deflagrar investigação preliminar, sendo essa sua verdadeira vocação. **Entretanto, para instaurar a ação penal, não bastam depoimentos do colaborador. É necessário que existam outras provas, ou elementos de corroboração idôneos, ratificando-os.** 3. **A eficácia e a efetividade da colaboração premiada podem e devem ser auferidas, a fim de se averiguar a viabilidade da ação penal, sendo o juízo de admissibilidade da denúncia o momento adequado para fazê-lo.** 4. A contradição sanável via embargos de declaração é aquela verificada entre os fundamentos do acórdão e a sua conclusão, o que não se constata no caso concreto. Precedentes. 5. A argumentação do decisum embargado é suficiente para embasar a conclusão de rejeição da denúncia, inexistindo omissão sobre ponto relevante para o deslinde da controvérsia. 6. Não se pode conceber um juízo positivo de admissibilidade da denúncia assentado em meras conjecturas e ilações. Exige-se, para tanto, lastro probatório mínimo, ou seja, prova da materialidade e indícios razoáveis de autoria. 7. O juiz não está obrigado a refutar, um a um, todos os elementos informativos carreados aos autos, bastando que destaque aqueles que entender essenciais ou pertinentes. 8. A circunstância de ter sido apreendido em momento anterior à celebração do acordo de colaboração não desnatura o fato de o documento ter sido produzido unilateralmente pelo colaborador, razão pela qual não pode

servir, por si só, para a validação do respectivo depoimento. 9. Pretensão de rediscussão de matéria já debatida nos autos, a fim de se promover o rejuízo da causa. 10. Embargos de declaração rejeitados.(Inq 3994 ED-segundos, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-185 DIVULG 04-09-2018 PUBLIC 05-09-2018)

EMENTA Inquérito. Corrupção passiva (art. 317, § 1º, c/c o art. 29 do CP). Denúncia. Parlamentar federal. Suposto envolvimento em esquema de corrupção de agentes públicos relacionado à Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Excesso de acusação. Não ocorrência. Mera contextualização dos fatos no âmbito da chamada “Operação Lava Jato”. Inépcia. Não ocorrência. Descrição suficiente do fato criminoso e suas circunstâncias. Vantagem indevida. Suposta participação do denunciado em sua solicitação. Imputação calcada em depoimentos de réus colaboradores. Ausência de provas minimamente consistentes de corroboração. *Fumus commissi delicti* não demonstrado. Inexistência de justa causa para a ação penal. Denúncia rejeitada (art. 395, III, CPP). 1. A denúncia, ao contextualizar os fatos no âmbito da chamada “Operação Lava Jato”, narrou o desvendamento de um “grande esquema de corrupção de agentes públicos e de lavagem de dinheiro” no âmbito da [REDACTED]. 2. Descreveu, ainda, o que constituiria uma complexa estrutura criminosa, que envolveria ao menos quatro núcleos (político, econômico, administrativo e financeiro), para, somente então, narrar os fatos especificamente relativos ao denunciado. 3. Essa profusão narrativa não constitui excesso de acusação, uma vez que a imputação propriamente dita feita contra o denunciado foi bem delimitada pelo Ministério Público. 4. A denúncia não é inepta, uma vez que descreveu, de forma suficiente, o concurso do denunciado para a solicitação de vantagem indevida por parte de membro de Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal – que tinha por objeto apurar irregularidades envolvendo a [REDACTED] – a fim de que não formulasse requerimentos nem adotasse medidas que permitissem o aprofundamento das investigações. 5. **A justa causa para a ação penal consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria** (Inq nº 3.719/DF, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 29/10/14). 6. Na espécie, encontra-se ausente esse substrato probatório mínimo que autoriza a deflagração da ação penal. 7. **Se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade.** 8. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 9. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*. 10. O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria. 11. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação. 12. Na espécie, não se vislumbra a presença de elementos externos de corroboração dos depoimentos de colaboradores premiados, mas simples registros genéricos de viagens e reuniões. 13. Denúncia rejeitada, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.(Inq 3998, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 18/12/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-045 DIVULG 08-03-2018 PUBLIC 09-03-2018)

EMENTA Inquérito. Corrupção passiva (art. 317, § 1º, CP). Corrupção ativa (art. 333, caput, CP). Lavagem de dinheiro majorada (art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98). Denúncia. Parlamentar federal. Suposto envolvimento em esquema de corrupção de agentes públicos relacionado à Diretoria de Abastecimento da [REDACTED]. Solicitação de vantagem indevida, com desdobramento em pagamentos fracionados. Recebimento em espécie e por meio de contratos fictícios. Alegação de incompetência do relator. Distribuição por prevenção. Matéria que deve ser alegada no primeiro momento em que o interessado se pronunciar nos autos. Fatos apurados nas mesmas circunstâncias. Conexão probatória e intersubjetiva. Artigos 80 e 83 do CPP. Esgotamento temporal das penas impostas no acordo de colaboração. Aferição em momento processual posterior. Busca e apreensão em escritórios de advocacia. Possibilidade. Requisitos analisados quando do deferimento da medida. Preclusão. Inviolabilidade relativa. Incidência da causa de aumento de pena do delito de lavagem de dinheiro prevista no § 4º do art. 1º da Lei nº 9.613/1998. Habitualidade descrita na denúncia. Inépcia da denúncia não configurada. Concurso de pessoas.

Descrição suficiente. Enquadramento como autores ou partícipes. Irrelevante. Ausência de dolo e consciência da ilicitude. Matérias afetas ao mérito. Preliminares rejeitadas. Inexistência de justa causa para a ação penal. Imputação calcada em depoimentos de réus colaboradores. Ausência de provas minimamente consistentes de corroboração. Documentos produzidos pelos próprios colaboradores. Inadmissibilidade. Registros de entrada, saída e deslocamentos. Ausência de elementos concretos que tomem indubitosa a materialidade. Fumus commissi delicti não demonstrado. Falsidade ideológica dos contratos. Ausência de lastro mínimo quanto ao liame subjetivo. Não demonstração, em termos probatórios, da alegada ligação entre o escritório de advocacia e o apontado real beneficiário dos valores por ele intermediados. Denúncia rejeitada (art. 395, III, CPP). 1. Como prevenção é matéria que deve ser alegada no primeiro momento em que se pronunciar nos autos a parte por ela teoricamente atingida, de igual modo, a ausência de prevenção - quando em face dela tiver sido determinada a distribuição - também é matéria a ser de logo apontada. 2. Os fatos apurados nas mesmas circunstâncias têm sido reiteradamente tratados em inquéritos distribuídos por prevenção, porque incidem na hipótese regras que os enquadrariam em caso de conexão probatória e intersubjetiva (ainda que se adotasse a separação em face do número de investigados envolvidos, a teor do art. 80, CPP), e porque medidas decisórias prévias, na espécie, atraem a incidência do art. 83 do CPP. 3. O alegado esgotamento temporal das penas impostas previstas no acordo de colaboração premiada deve ser aferido em fase processual posterior. Na presente fase, é prematura a análise, sob essa perspectiva temporal e tendo em vista a ausência de juntada, de eventuais certidões de trânsito em julgado das ações em que se teria atingido o máximo patamar sancionatório pactuado. 4. No caso, a presença dos requisitos da busca e apreensão foi exaustivamente analisada quando do deferimento da medida. Preclusa a questão pela ausência de irrisignação no prazo legal para o recurso cabível. 5. Ademais, a inviolabilidade profissional do advogado não é absoluta (HC 91610, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 22/10/10; Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 26/3/10), de modo que o próprio Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) permite que a autoridade judiciária competente, em decisão motivada, decrete a quebra da prerrogativa (art. 7º, § 6º, da Lei 8.906/1994). A vedação constante da parte final do referido dispositivo não se estende "a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa a quebra da inviolabilidade" (art. 7º, § 7º, da Lei 8.906/1994). 6. Em tese, teórica e descritivamente, da narrativa dos fatos é possível extrair a característica da habitualidade, elementar prevista no § 4º do art. 1º da Lei 9.613/98, na medida em que são atribuídas condutas supostamente criminosas da mesma espécie ao longo do tempo. 7. Da longa exposição descritiva constante na inicial, que esmiuçou os laços alegadamente mantidos entre os acusados e em qual medida teriam contribuído para as supostas práticas criminosas, é possível constatar que o concurso de agentes (ou de pessoas) está descrito, indicando-se o grau de envolvimento de cada um dos acusados nos diversos crimes narrados. Não é relevante, nesse momento processual, a definição se os acusados se enquadram no conceito de autores ou de partícipes dos crimes que lhes foram imputados. 8. Não há como acolher alegações de "erro de tipo" - por desconhecimento da ilicitude (do conteúdo recebido ou da origem dos recursos) - ou de atipicidade - por ausência de dolo -, como se fossem questões teóricas, ou seja: de falha descritiva. Trata-se de questões afetas ao mérito e não de inépcia da denúncia, quando a descrição é satisfatória nesse quesito, como ocorre no caso, em que há expressa menção à participação consciente dos acusados. 9. Para o recebimento da denúncia, exige-se "a demonstração - fundada em elementos probatórios mínimos e lícitos - da realidade material do evento delituoso e da existência de indícios de sua possível autoria" (Inq 3.507/MG, Plenário, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 11/6/14). 10. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 11. **Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do fumus commissi delicti.** 12. **O fumus commissi delicti, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria.** 13. **Se "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador" (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação.** 14. No caso concreto, faz-se referência a documentos produzidos pelos próprios colaboradores, a exemplo de anotações, registros em agenda eletrônica e planilhas de contabilidade informal. A jurisprudência da Corte é categórica em excluir do conceito de elementos de corroboração documentos elaborados unilateralmente pelo próprio colaborador. Precedentes. 15. Demais registros colhidos no decorrer das investigações, por si sós, não comprovam a materialidade dos delitos imputados aos acusados. Quanto muito possibilitam

inferências e ilações no sentido de que os acusados mantinham algum contato, ou que fizeram deslocamentos mencionados pelos colaboradores, mas não bastam para tornar estreme de dúvidas a materialidade especificamente das condutas criminosas imputadas aos denunciados. 16. Analisando os elementos probatórios para além das colaborações, não há indícios de autoria em relação ao Senador Ciro Nogueira Lima Filho quanto a esse fato (supostos contratos fictícios), carecendo, portanto, de justa causa as imputações de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro subjacentes a essa narrativa, pela ausência de lastro mínimo probatório quanto ao liame subjetivo. 17. Mesmo que admitida a probabilidade da versão no tocante à falsidade ideológica dos contratos como base para o alegado repasse de recursos ilícitos, ainda assim a acusação não logrou demonstrar, minimamente, em termos probatórios, a alegada ligação entre o escritório de advocacia e o apontado real beneficiário dos valores por ele intermediados, o que seria imprescindível no contexto da imputação (de corrupção e lavagem) delineada na denúncia. 18. Denúncia rejeitada na íntegra, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

(Inq 4074, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 16-10-2018 PUBLIC 17-10-2018)

"EMENTA PENAL. PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. DEPUTADO FEDERAL. QUADRILHA, CORRUPÇÃO PASSIVA E CRIME LICITATÓRIO DO ART. 90 DA LEI 8.666/93. COLABORAÇÃO PREMIADA. **AUSÊNCIA DE CORROBORAÇÃO.** INSUFICIÊNCIA DE PROVA ACIMA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. 1. A colaboração premiada é meio de obtenção de prova (artigo 3º da Lei 12.850/2013). Não se placita, antes ou depois da Lei 12.850/2013, condenação fundada exclusivamente nas declarações do agente colaborador. 2. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o standard anglo saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (proof beyond a reasonable doubt), o qual foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 2.1. Na espécie, ausente prova para além de dúvida razoável da participação do acusado, Deputado Federal, nos crimes licitatórios praticados com verbas decorrentes de emendas orçamentárias de sua autoria, do recebimento de vantagem indevida em decorrência das emendas orçamentárias, ou de associação perene a grupo dedicado à prática de crimes contra a administração pública, particularmente no que diz quanto à aquisição superfaturada de ambulâncias com recursos federais. 3. Ação penal julgada improcedente." (AP 676, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 17/10/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018)

115. Como muito bem destacado em seu Voto no INQ 4074, o Ministro Gilmar Mendes apresentou importante divergência de princípio com o Ministro Edson Fachin acerca do instituto da colaboração premiada. Para o Ministro Fachin, seria natural que o colaborador apresentasse versões o mais próximo possível de como os fatos realmente se passaram, considerando que "provar fatos não ocorridos é tarefa bem mais árdua do que o inverso" e que seria "equivoco presumir o interesse do colaborador em produzir ou alcançar provas forjadas", visto esse seria "motivo para desfazimento do acordo e perda dos benefícios nele entabulados".

116. Para o Ministro Gilmar, por sua vez, "a desconfiança com os atos de colaboração decorre da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), a qual, como regra probatória e de julgamento, impõe à acusação o ônus de provar a culpa, além da dúvida razoável. É produzindo provas contra terceiros que o delator obtém a remissão de suas penas (art. 4º da Lei 12.850/13), ou seja, um 'ânimo de autoexculpação' ou de 'heteroinculpação'. (NIEVA FENOLL, Jordi. Lavaloración de la prueba. Madri: Marcial Pons, 2010. p. 244, tradução livre)."

117. Ademais, a jurisprudência do STF, é categórica em excluir do conceito de elemento de corroboração documentos elaborados unilateralmente por colaborador premiado, senão vejamos:

"Não obstante, em sua contabilidade paralela, os colaboradores premiados tenham feito anotações pessoais que supostamente traduziriam pagamentos indevidos aos parlamentares federais, uma anotação unilateralmente feita em manuscrito particular não tem o condão de corroborar, por si só, o depoimento do colaborador, ainda que para fins de recebimento da denúncia. 10. Se o depoimento do colaborador necessita ser corroborado por fontes diversas de prova, evidente que uma anotação particular dele próprio emanada não pode servir, por si só, de instrumento de validação" (Inq 3.994/DF, Segunda Turma, Rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, DJede 6/4/18).

118. Assim, o entendimento fixado pelo e. STF até o momento é no sentido de que as declarações dos

colaboradores têm valor probatório limitado, devendo ser efetivamente comprovadas por elementos de corroboração consistentes, ou seja, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação.

III - CONCLUSÃO

119. Ante o exposto, em reafirmação das conclusões lançadas no Parecer 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU e em avanço e aperfeiçoamento do entendimento jurídico desta CONJUR/CGU a respeito da temática propiciada pela ampliação do objeto da consulta anterior, concluímos que:

- o aparato clássico do Direito Penal se revela incapaz de combater as novas formas e espécies de desvios sociais difusos, sendo necessário que os agentes estatais responsáveis pelo combate à corrupção e outras espécies delitivas atuem munidos de um outro instrumento que não aqueles relacionados ao litígio processual e suas típicas estratégias belicosas;
- a negociação é instrumento utilizado no âmbito processual e visa conferir maior efetividade à tutela de bens jurídicos relevantes, valendo-se de mecanismos que operam num ambiente macro processual em que, por vezes, se faz necessário sobrepujar a perspectiva micro processual sancionatória retributiva, para se alcançar um resultado amplo, efetivo e satisfatório no combate à ilicitude;
- a restrição judicial à utilização da prova produzida em sede de delação premiada para fundamentar a condenação do respectivo colaborador na instância disciplinar não caracteriza o afastamento do *jus puniendi* da Administração que, diante de eventual restrição à utilização da prova compartilhada, poderá punir o infrator com a sanção disciplinar prevista na legislação de regência, desde que o faça com base em outros elementos de prova que não aqueles produzidos em sede de delação premiada;
- a incidência de padrões normativos de índole processual-constitucional -- como o devido processo legal e seus consectários, a regra da vedação da utilização de prova ilícita e os princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva -- estabelecem diretrizes obstativas de utilização das informações colhidas em uma delação premiada em desfavor do colaborador, quando a sua contribuição é compartilhada com outras esferas apuratórias do Estado;
- A utilização das informações e materiais probatórios obtidos a partir de atos negociais como a delação premiada ou o acordo de leniência em desfavor do colaborador podem vir a caracterizar uma violação do devido processo legal, seja pela profanação de princípios normativos que regem a ordem processual, seja pela inobservância da regra de proibição específica da utilização de prova ilícita, na medida em que, ao contrariar uma regra ou princípio jurídico que determinam o espectro de normatividade e orientam a interpretação dos direitos e obrigações contemplados no acordo, o uso de prova de viés clandestino pode revestir-se de antijuridicidade;
- Atos de caráter normativo à exemplo da Orientação Conjunta MPF 01/2018 e a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evidenciam o desvelamento de um entendimento a respeito da existência de um vínculo subjetivo, que liga o colaborador ao benefício concedido em determinada esfera apuratória e que permanece nas demais, em troca de informações por ele prestadas que se mostraram úteis à investigação;
- na atualidade, o que tem sido vedada é a utilização das informações em desfavor da própria pessoa que as forneceu em ato negocial firmado com o poder público, de forma que, na senda do que já havia sido posto no Parecer nº 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, é possível a responsabilização disciplinar do delator, desde que por outros meios de prova que não aqueles por ele produzidos ou que o foram com a sua colaboração, não sendo peremptório descartar as informações relativas a delação realizada por terceiros;
- o entendimento fixado pelo e. Supremo Tribunal Federal até o momento é no sentido de que as declarações dos colaboradores têm valor probatório limitado, devendo ser efetivamente comprovadas por elementos de corroboração consistentes.

120. Por essas razões de ordem jurídica, recomenda-se que a CGU se imponha uma auto-restrição de utilização de provas produzidas em uma esfera punitiva por confissão de uma pessoa colaboradora premiada contra ela mesma, para que não corra o risco de ver seus processos punitivos serem eventualmente anulados no futuro pelo Poder Judiciário, salvo expressa autorização do juízo que permitiu o compartilhamento das informações e elementos de prova.

121. Recomenda-se, também, que ao compartilhar as informações obtidas nos seus processos de acordo de leniência, a CGU alerte as outras esferas apuratórias sobre o risco de nulidade processual advindo da utilização indevida do material informativo, tudo com vistas à preservação dos importantíssimos negócios jurídicos processuais de delação premiada e acordo de leniência.

122. É o *Parecer* que ora se submete à elevada apreciação do Exmo. Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, para fins de aprovação com os efeitos previstos do art. 42 da Lei Complementar nº 73/93^[32].

Brasília, 10 de dezembro de 2018.

RODRIGO MATOS RORIZ
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR DA COORDENAÇÃO-GERAL DE PROCESSOS JUDICIAIS E DISCIPLINARES
CONJUR/CGU

VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR-GERAL DE PROCESSOS JUDICIAIS E DISCIPLINARES
CONJUR/CGU

RENATO DE LIMA FRANÇA
CONSULTOR JURÍDICO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190107368201845 e da chave de acesso ada2d934

Notas

- ¹ *DINO, Rafael. A prova no enfrentamento à MACROCRIMINALIDADE. Orgs: Daniel de Resente Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz, Editora Jus Podium, 2015, pag. 458.*
- ² *O exemplo é de Andrei Zenkner Schimidt, encontrado em sua obra: O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 30*
- ³ *TÁCITO, Caio. O Abuso de Poder Administrativo no Brasil. ed. DASP: Rio de Janeiro, 1959, p. 27, in MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 159.*
- ⁴ *MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 159.*
- ⁵ *CPC: Art. 334, §11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) III - homologar: (...) b) a transação;*
- ⁶ *VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 55-56.*
- ⁷ *MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 614.*
- ⁸ *FIDALGO, Carolina Barros & CANETTI, Rafaela Coutinho. Os Acordos de Leniência na Lei de Combate à Corrupção. in: Lei Anticorrupção e Temas de Compilance. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, p. 338.*
- ⁹ *Nesse sentido: LOPES JR., Auri. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional vol.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 84.*
- ¹⁰ *CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 493.*
- ¹¹ *CF/88. Art. 5º. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*
- ¹² *CONTE, Francesco. Contraditório como dever e a boa-fé processual. In: Fux, Luiz ...[et ali]. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 696.*
- ¹³ *Em direito, ninguém é obrigado a acusar a si próprio a não ser perante Deus.*
- ¹⁴ *SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.*

15. ^ BURNIER Jr., João Penido. *Curso de Direito Processual Civil Vol. 1. Campinas: Copola, 2000, p. 21.*
16. ^ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 386.*
17. ^ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis. Trad.: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002 [1748], p. 164-165.*
18. ^ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 22.*
19. ^ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 91.*
20. ^ CONTE, Francesco. *Contraditório como dever e a boa-fé processual. In: Fux, Luiz ...[et ali]. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 714.*
21. ^ ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto. *Comentário ao art. 5º, inciso LVI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 440.*
22. ^ *Conforme já exposto no Parecer nº 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, regras jurídicas podem ser criadas por consenso das partes.*
23. ^ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil vol. 1. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 380.*
24. ^ MENDONÇA, André Luiz de Almeida. *Sistema de princípios para la recuperación de activos procedentes de la corrupción. Tese de doutorado apresentada no Programa de Doctorado Estado de Derecho y Gobernanza Global da Escuela de Doctorado 'Studii Salamantini', 2018, p. 285.*
25. ^ MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 48.*
26. ^ NEVES E CASTRO, F. A. *Teoria das provas e sua aplicação aos atos civis. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 12. In: ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto. Comentário ao art. 5º, inciso LVI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 440.*
27. ^ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 20.*
28. ^ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 250.*
29. ^ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.078.*
30. ^ STRECK, Lênio Luiz. *As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento, p. 113, In: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil Comentado. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.079.*
31. ^ LOPES JR., Auri. *Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 91.*
32. ^ *Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.*

Documento assinado eletronicamente por RODRIGO MATOS RORIZ, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 188685823 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RODRIGO MATOS RORIZ. Data e Hora: 10-12-2018 21:03. Número de Série: 13907085. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 188685823 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA. Data e Hora: 11-12-2018 00:37. Número de Série: 17223246. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por RENATO DE LIMA FRANCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 188685823 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DE LIMA FRANCA. Data e Hora: 11-12-2018 09:25. Número de Série: 102353. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v4.
