



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E
CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU
COORDENAÇÃO-GERAL DE PROCESSOS JUDICIAIS E DISCIPLINARES

PARECER n. 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.106999/2017-66

INTERESSADOS: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF E OUTROS

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

EMENTA: 1. Combate à ilicitude: inefetividade do aparato clássico do Direito Penal. 2. Negócio jurídico processual: a negociação como instrumento de combate à ilicitude. 3. Vedação à utilização na seara disciplinar de prova produzida em sede de delação premiada em desfavor do colaborador: restrição que não se confunde com o afastamento do *jus puniende* da Administração. 4. 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. 5. Impossibilidade jurídica de decisão judicial condicional: a vedação à utilização da prova compartilhada não é uma opção que deve ser realizada pela Administração, mas uma imposição feita pelo Judiciário. 6. Decisão judicial e princípio da inafastabilidade da jurisdição: criação de regra jurídica particular, cuja normatividade alcança a todos os jurisdicionados, devendo ser observada inclusive pela Administração. 7. Acordo de delação premiada como espécie de negócio jurídico processual: possibilidade de criação de regra jurídica individualizada e convencionada pelos interessados, que após ser chancelada pelo Judiciário irradia efeitos normativos que podem alcançar a Administração, estabelecendo situações jurídicas a serem observadas na seara disciplinar. 8. Administração e princípio da legalidade: vinculação à regra jurídica positivada na legislação que só é afastada por outra regra jurídica individualizada e superveniente, criada por decisão judicial ou acordo de delação premiada.

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta encaminhada pela Corregedoria-Geral da União (CRG/CGU) que, nos termos em que formulada, refere à possibilidade, ou não, de renúncia ao *jus puniendi* da Administração, nos casos em que o agente público que figura como

acusado em processo disciplinar tenha realizado delação premiada em processo judicial. Eis o teor do parágrafo segundo do Despacho CORAS de p. 101 do PROCADM2 da Seq 1 deste processo eletrônico SAPIENS:

Em face da controvérsia existente em torno da possibilidade ou não de eventual renúncia da pretensão punitiva pela Administração Pública em benefício de servidor que tenha prestado colaboração premiada em sede de processo judicial, tem-se como justificável, ao menos por dever de prudência, a sugestão de remessa dos autos à Consultoria Jurídica deste Ministério.

2. A celeuma refere ao informado no Ofício nº OFI.0044.001439-3/2017 (p. 61 do PROCADM2 da Seq 1), subscrito pelo Diretor de Secretaria da 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que de ordem do MM Juiz Federal da 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Dr. Marcelo da Costa Bretas, registrou que o *compartilhamento das provas* produzidas naquela instância judicial com a instância disciplinar somente seria possível mediante o *compromisso de não utilização das provas em desfavor dos delatores premiados que contribuíram para a sua produção*. No ponto, cabe conferir o seguinte trecho do Ofício nº OFI.0044.001439-3/2017:

(...) 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.

3. Assim os autos vieram a esta Consultoria Jurídica, para análise da questão relacionada à vedação de utilização de provas produzidas no processo judicial em sede de delação premiada no âmbito do processo administrativo disciplinar.

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

II - FUNDAMENTAÇÃO

5. Em ofício encaminhado à Corregedoria-Geral da União - CRG/CGU (Ofício nº OFI.0044.001439-3/2017 - p. 61 do PROCADM2 da Seq 1), o Diretor de Secretaria da 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro informou que, *de ordem do MM. Juiz Federal Dr. Marcelo da Costa Bretas*, o compartilhamento de provas produzidas na seara judicial em sede de delação premiada somente seria possível se a CGU assumisse o compromisso de não utilizá-las em desfavor dos delatores premiados. Eis o teor do comunicado judicial:

De ordem do MM Juiz Federal, Dr. MARCELO DA COSTA BRETAS, em resposta ao ofício nº 13743/2017, 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.

6. O Ministério Público Federal já havia se manifestado nesse sentido, alegando que *não haveria oposição ao requerimento de compartilhamento de provas formulado pela Controladoria-Geral da União, desde que o órgão requerente assumira o compromisso de não utilizar os elementos de prova aqui mencionados, contra os colaboradores que os produziram* (p. 62 do PROCADM2 da Seq 1).

7. Diante do posicionamento judicial acerca da (não) utilização, na seara disciplinar, de provas produzidas em sede de delação premiada, a Corregedoria-Geral da União encaminhou consulta a esta Consultoria Jurídica, por entender que se trataria de hipótese de "eventual renúncia da pretensão punitiva pela Administração Pública em benefício de servidor que tenha prestado colaboração premiada em sede de processo judicial".

8. Pois bem. Inicialmente, antes de enfrentar o cerne da celeuma objeto da consulta da Corregedoria-Geral da União, que entendeu, numa análise perfunctória, que a restrição judicial quanto à utilização da prova produzida em delação premiada em desfavor dos próprios delatores na seara disciplinar pode representar uma renúncia da pretensão punitiva pela Administração, necessário se faz abordar os recentes institutos negociais na esfera penal e na esfera administrativa, à luz do postulado matricial e regente de toda e qualquer relação jurídica processual, o *due process of law*.

9. Assim, não obstante o caso concreto que originou a consulta referir-se ao compartilhamento de provas produzidas em processo judicial criminal (delação premiada), serão abordados outras espécies de negociação processual - como o acordo de leniência - no intuito de se alcançar uma compreensão sobre o instituto da negociação processual em si, para, em seguida, retomar a análise específica da questão jurídica objeto da consulta.

II.1. ACORDOS DE LENIÊNCIA E DELAÇÃO PREMIADA: O PROCESSO NEGOCIAL DE APURAÇÃO DE ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS E CRIMINAIS

II.1.1. DIREITO SANCIONADOR E NEGOCIAÇÃO

10. O princípio da obrigatoriedade é fundamental no direito sancionador. Na esfera penal, a autoridade policial não pode se recusar a proceder às investigações preliminares nem arquivar o inquérito policial e o membro do Ministério Público, via de regra, não pode desistir da ação penal nem do recurso. Na seara administrativa, a autoridade que tiver ciência de irregularidade é obrigada a apurar o ilícito.

11. As exceções tradicionais da obrigatoriedade da ação, previstas no direito penal brasileiro, são restritas. Em primeiro lugar, dizem respeito aos crimes nos quais a vítima tem, de alguma forma, que indicar que se sentiu atingida, tais como os crimes de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação ou requisição. A outra situação ocorre nos crimes de menor potencial ofensivo.

12. Qualquer que seja a penalidade decorrente do direito sancionador, todavia, não pode ela ser aplicada arbitrariamente. Deve haver um devido processo legal.

13. Processo, nesse sentido, é uma das maiores garantias do Estado de Direito, pois prevê que as provas somente podem ser aceitas quando cumpridos determinados requisitos. Assim, quando chega a notícia de um ilícito para um agente responsável por sua apuração, deve este empreender máximos esforços para, dentro deste quadro legal processual, verificar a verossimilhança ou não daquela acusação. A nulidade de utilização de provas obtidas por meios ilícitos é um importante pilar do direito de defesa em um Estado Democrático. Outro é a presunção de inocência, ou seja, parte-se do princípio de que o acusado é inocente até que se conclua o processo e que seja, eventualmente, considerado culpado.

14. Tal situação, todavia, encontra novos desafios quando a negociação é introduzida, no direito sancionador brasileiro.

15. Nessas situações, há de se observar uma garantia fundamental ao direito da ampla defesa, dada pelo princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Ou

seja, somente se pode garantir ampla defesa em um acordo, caso o acusado não seja obrigado a se autoincriminar. Esse é um ponto fundamental no caso de negociação de acordos, pois somente haverá acordo com possibilidade das partes atuarem com liberdade decisória, sem nenhum tipo de coação.

16. No direito pátrio, a negociação na esfera sancionatória se deu, de forma mais contundente, com o advento do instituto do *acordo de leniência*, inicialmente nos atos normativos de defesa da concorrência, depois trazidas para as questões de combate à corrupção, bem como com a *colaboração premiada* na esfera penal, aperfeiçoada com a *lei de organizações criminosas (Lei 12.850, de 2013)*.

17. E fica uma indagação: como se pode, a princípio, negociar com um criminoso? Como se estabelecer uma relação que gere benefícios a alguém que cometeu ilícitos? Nesse contexto é que surgem as questões ligadas à negociação no direito sancionador.

18. Nossa cultura, no campo jurídico, é a do litígio, e não da negociação. Se assim o é na área civil, muito mais forte é essa cultura do litígio no campo do direito sancionador. Como negociar com aqueles que praticaram ilícitos? Como conceder benefícios para pessoas naturais e jurídicas que cometeram ilicitudes? Esses questionamentos não comportam respostas fáceis.

19. A razão primeira para se admitir que sejam entabuladas tratativas aptas a desembocar em uma espécie de convenção em que o Estado - em sua faceta jurisdicional ou administrativa sancionadora - se comprometa a mitigar o rigor da sanção ou mesmo a se abster de punir aquele que transgrediu a regra de conduta protetora de um bem jurídico relevante, é a expectativa de que serão obtidas informações que possuem o condão de propiciar a satisfação de um interesse público que transcende à mera retribuição penal individualizada ao autor do fato típico, antijurídico e culpável, e que se realiza no mundo sensível por ocasião do desmantelamento de uma organização criminosa potencialmente executora de uma continuidade delitiva e na recuperação de recursos públicos desviados ou de alguma forma indevidamente apropriado por delinquentes, bem como a preservação da atividade econômica.

20. Não se pode perder de vista que, para punir um fato, o Poder Público sancionador precisa ter conhecimento de sua ocorrência e conseguir prová-lo, dentro de um quadro de devido processo legal. Assim, a ignorância estatal pode representar verdadeira frustração da aplicação de uma penalidade.

21. Afinal, vivemos em tempos em que *Tício não mais se preocupa em valer-se de algumas colhechas 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 conseqüentemente, 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 praticar o furto, o roubo, o homicídio, a lesão corporal, etc.*^[1]

22. Com efeito, a quadra atual da história é marcada pela constatação de que o aparato clássico do Direito Penal se revela incapaz de combater as novas formas e espécies de desvios sociais difusos. É nesse cenário que os agentes estatais responsáveis pelo combate à corrupção e outras espécies delitivas atuam munidos de um outro instrumento que não aqueles relacionados ao litígio processual e suas típicas estratégias belicosas. É aqui que entra em cena a negociação com pessoas físicas e jurídicas que praticaram atos ilícitos, como estratégia - tão bem sucedida na política e na diplomacia - agora 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 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.

23. Nesse sentido, fica demonstrada a importância dos institutos premiais, que se caracterizam pela bilateralidade de utilidades: amenização de sanções para o colaborador e a detecção e prova de infrações para o Estado.

24. Portanto, 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 da legislação.

II.1.2. DO ACORDO DE LENIÊNCIA: NATUREZA JURÍDICA

25. O Acordo de Leniência pode ser definido como um negócio jurídico processual. Afinal, é ato bilateral, decorrente da manifestação da vontade não coincidente das partes, construído mediante consenso e celebrado no bojo de um processo administrativo.

26. Trata-se, pois, de uma derivação do clássico instituto *ato jurídico lato sensu*, conforme será explicitado a seguir.

27. 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.

28. Com efeito, *ato jurídico* e *negócio jurídico* são subespécies da espécie *ato jurídico lato sensu*, que por sua vez provém do gênero *fato jurídico* ou, mais precisamente, do subgênero *fatos jurídicos humanos*.

29. A característica comum dos atos jurídicos em sentido lato é justamente a atuação do ser humano. Trata-se da *exteriorização da vontade dirigida à obtenção de um resultado jurídico concreto e que, dessa forma, produz efeitos reconhecidos pelo direito*.^[2]

30. Por sua vez, o *ato jurídico em sentido estrito* é o que "tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas".^[3]

31. Já o *negócio jurídico* pode ser concebido como um *ato jurídico negocial*, uma subespécie de *ato jurídico em sentido lato*, que não se confunde com o *ato jurídico em sentido estrito*. "É o acordo de vontades, que surge da participação humana e projeta efeitos desejados e criados por ela, tendo por fim a aquisição, modificação, transferência ou extinção de direitos. Há, nesse passo, uma composição de interesses, tendo a declaração de vontades um fim negocial".^[4]

32. Como se percebe, a exteriorização da vontade humana e a vocação para a produção de efeitos jurídicos estão presentes tanto no *ato jurídico em sentido estrito* quanto no *negócio jurídico*. O que os distingue, todavia, é fato de que no *negócio jurídico* reside o poder de escolha da categoria jurídica, bem como o seu caráter bilateral típico de *ato negocial* por meio do qual se projeta a composição de interesses das partes, diferentemente

do ato jurídico em sentido estrito em que a manifestação da vontade é unilateral e não é possível optar por essa ou aquela categoria jurídica, que é determinada pela lei. "A distinção entre ato e negócio jurídico centra-se, pois, no poder de escolha da categoria jurídica respectiva (que é praticamente inexistente no ato e pleno no negócio) e não na presença de ato de vontade".^[5]

33. É, pois, o negócio jurídico, mais rico e complexo em sua estrutura interna do que o ato jurídico (no qual a vontade é apenas para aderir aos efeitos previstos na ordem jurídica), seja pelo seu conteúdo, seja pela produção de efeitos. No negócio há uma composição de interesses, um regramento de condutas estabelecido bilateralmente, entre as partes envolvidas no acontecimento. Essa exteriorização de vontade presente no negócio jurídico tem o escopo negocial, visando *criar, adquirir, transferir, modificar* ou *extinguir* direitos.^[6]

34. 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]

35. 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 busca elementos de prova que permitam a responsabilização daqueles que atuaram como partícipes no ilícito e 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 reparação do dano por eles causados.

36. 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]

37. 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.

II.1.3 DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NA ESFERA JUDICIAL CRIMINAL

38. A consensualidade, como já dito, não é uma característica historicamente presente no direito brasileiro. Na esfera penal então, que tem como pilares os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, a consensualidade sempre teve grande dificuldade em se firmar.

39. É bem verdade que na década de 1980 o Código Penal já dispunha sobre a concessão de sursis (suspensão condicional da pena), mas tal não se trata propriamente de um ato negocial, mas sim da necessidade de análise judicial de uma situação por imposição legislativa, que poderia resultar num ato jurídico em sentido estrito, ou seja, aquele em que o sujeito simplesmente adere aos efeitos previstos no ordenamento jurídico.

40. É possível verificar uma pequena evolução no âmbito dos Juizados Especiais Criminais ocorrida na metade da década de 1990, nas disposições legislativas referentes à *substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e multa* (art. 72 e 76 da Lei 9.099/95) e à *suspensão condicional do processo* (art. 89 da Lei 9.099/95). Mas ainda assim, a participação do réu aqui se dá apenas no que toca à aceitação das condições ou assunção dos compromissos necessários à concessão da benesse.

41. Mas é com o instituto jurídico da colaboração premiada, previsto na Lei 12.850/2013, que o réu passa de coadjuvante a 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.

42. 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”.^[9]

43. Walter Bittar afirma tratar-se de "instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária".^[10]

44. O Manual de colaboração premiada da ENCLLA, por sua vez, considera o instituto um *meio de obtenção de prova sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados, buscando levar ao conhecimento das autoridades responsáveis pela investigação, informações sobre organização criminosa ou atividades delituosas, com o fim de amenizar a sua punição*.^[11]

45. A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, estabelece os contornos da colaboração premiada:

Da Colaboração Premiada.

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

(...)

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

(...)

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I – não for o líder da organização criminosa;

II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

46. O art. 4º, *caput*, e §§ 2º, 4º e 5º da Lei nº 12.850, de 2013, deixam claro que os benefícios podem ser concedidos antes do início do processo (podendo o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia), na sentença ou mesmo após a condenação.

47. Importante fazer referência neste momento à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, uma vez que a Lei 12.850, de 2013 está em total consonância com a orientação dada aos Estados Partes no sentido de darem tratamento diferenciado aos réus que colaboram na elucidação de crimes graves, com previsão de redução de penas ou até mesmo imunidade em caso de colaboração substancial, senão vejamos:

Artigo 26

Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado de grupos criminosos organizados:

a) a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente:

i) a identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) as conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) as infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar.

b) prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos

criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2 Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

48. Avançando um pouco mais na avaliação do instituto da colaboração premiada, observa-se que a atuação do juiz ocorre em dois momentos, um primeiro, quando da homologação da proposta e, um segundo, quando da aplicação dos benefícios previstos na Lei.

49. O Manual da ENCLA, já referido, considera possível que o acordo de colaboração premiada traga outras espécies de vantagens ao colaborador, além daquelas previstas na Lei 12.850, de 2013, desde que respeitem a Constituição, a Lei, os princípios gerais de Direito e desde que não atentem contra a moral, os bons costumes e a ordem pública (fls. 07).

50. Nesse sentido parecem compreender os doutrinadores Fredie Didier Jr e Daniela Bonfim, que consideram a colaboração premiada um negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes (Ministério Público e colaborador), que permite, dentro dos limites do sistema, a escolha das categorias eficaciais e seu conteúdo. Por sua clareza, transcreve-se trecho da obra:

A natureza negocial da colaboração premiada é reconhecida, corretamente, pela própria lei, que se vale de expressões como "negociações", "acordo de colaboração", "voluntariedade", "homologação de acordo". Os termos utilizados são indicativos de que o sistema deixou, aqui, espaço para o exercício do autorregramento da vontade (não se pode esquecer que o sentido literal possível é o início do processo de interpretação).

O fato de as consequências serem permitidas legalmente não retira a característica negocial do ato. Ao contrário, o permissivo expresso à criação de tais situações jurídicas em razão da atuação da vontade das partes é, justamente, a atribuição de poder negocial para que as partes possam celebrar o negócio de colaboração.

O espaço do autorregramento da vontade é aquele deixado pelo sistema jurídico, que confere aos sujeitos o poder de escolha, em menor ou maior medida, das categorias eficaciais e, no que for possível, de estrutura e conteúdo das relações jurídicas, sempre

dentro dos limites estabelecidos pelo sistema. Em nenhum âmbito do direito, pode-se falar em autorregramento sem limites; ao contrário, o autorregramento pressupõe um espaço atribuído e limitado pelo sistema. [\[12\]](#)

II.1.4. DA IMPORTÂNCIA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA E DE COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTOS NEGOCIAIS NA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

51. O *acordo de leniência* e a *colaboração premiada* surgem, destarte, em um contexto novo, relativamente estranho à cultura jurídica brasileira que é muito propensa ao litígio.

52. Os institutos do *acordo de leniência* e da *colaboração premiada* nada mais são que negócios jurídicos processuais, nos quais se busca utilizar da colaboração da pessoa - física ou jurídica - que praticou atos ilícitos.

53. Essa interpretação se apresenta compatível com todo o sistema de combate à corrupção, pois o *acordo de leniência* e o *acordo de colaboração premiada* só poderão ser celebrados caso as pessoas responsáveis pela prática dos atos ilícitos colaborem efetivamente com as investigações e com o processo.

54. O *acordo de leniência* e a *colaboração premiada* são, pois, instrumentos de apuração de ilícitos, só que com características e mecanismos próprios, por meio dos quais se busca obter as informações pela via negocial.

55. Não são instrumentos de proteção e beneplácito indevido a infratores. Trata-se, como dito à exaustão, de negócio jurídico processual, que possui características próprias e que precisam ser compreendidas e respeitadas.

56. Obviamente que a colaboração do infrator não é desinteressada. Ao contrário, ela emerge da possibilidade que o agente tem de obter benefícios que mitiguem suas penalidades.

57. Não se pode perder de vista que o *acordo de leniência* e a *colaboração premiada* foram instituídos no âmbito 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 premial devida. E embora a reparação do dano ao erário não seja indispensável à celebração dos acordos, ela pode neles ser incluída, sobretudo na condição de antecipação de ressarcimento.

58. Enfim, o que se pretende deixar claro é que interessa muito mais à sociedade, ao Estado e ao moderno ordenamento jurídico pátrio o sucesso de um acordo de leniência ou de colaboração premiada que propicie a obtenção de prova válida e suficiente de infrações, que resultem na punição de outros infratores e o desmantelamento de organizações criminosas, ainda que para tal seja necessário abrandar a punição que caberia ao agente/sociedade empresária colaboradores.

59. Registre-se que a denominada “Operação Lava Jato” é a demonstração inequívoca de que a transação serve para tal fim. É de conhecimento público e notório que as colaborações premiadas (acordos de leniência e colaboração premiada) permitiram o conhecimento de um rol de situações muito maior do que aquele constante inicialmente dos processos sancionadores.

II.2. ACORDO DE LENIÊNCIA, COLABORAÇÃO PREMIADA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

60. Uma vez estabelecida a natureza negocial do acordo de leniência e da colaboração premiada, nada mais salutar que analisar tais institutos - na condição de negócios jurídicos processuais – na perspectiva processual^[13], sob a orientação de seu postulado maior, o devido processo legal.

61. O postulado do *due process of law* é inextricavelmente imbricado à jurisdição. Daí a pertinência de se valer dos ensinamentos da doutrina processualista para uma melhor compreensão da temática, considerando que a jurisdição é um componente clássico da teoria geral do processo. Mas tal não significa que uma autêntica relação jurídica processual somente se configure 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. Não obstante, é preciso ter em conta que, 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.”^[16]

65. 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.

66. Ademais, conforme ensinamentos de ROCCO, uma outra finalidade da ordem processual é a remoção dos obstáculos que impedem a realização do direito objetivo no mundo sensível:

Na atividade jurisdicional, o Estado provê a realização do interesse cuja satisfação, embora querida pelo direito, é impedida por obstáculos encontrados na atuação da norma jurídica que o tutela. A atividade jurisdicional, portanto, é sempre dirigida remover obstáculos à satisfação de interesses:

ela não satisfaz diretamente os interesses concretos, mas provê para que tais interesses sejam satisfeitos: daí por que apenas indiretamente lhes dá satisfação. [17]

67. E uma característica marcante dos acordos de leniência e de colaboração premiada é justamente a remoção de obstáculos que estão a impedir a afirmação do ordenamento jurídico estatal e que, uma vez removidos, propiciarão a afirmação do direito em larga escala, permitindo que o destinatário final da norma – no caso toda a sociedade – usufrua da proteção jurídica do seu interesse (público).

A consequência mais evidente dessa premissa é a conclusão de que tanto o juiz da jurisdição contenciosa, quanto o da jurisdição voluntária antes preparam o caminho para que o destinatário da norma, afinal, uma vez removido o obstáculo, usufrua de sua proteção e tenha satisfeito o interesse tutelado pelo direito. [18]

68. Portanto, 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 da legislação.

69. Noutro giro, interessante a perspectiva de Galeno Lacerda acerca da natureza institucional do processo, na qual se evidencia o seu caráter orgânico, tendente a uma função simultaneamente individual e social. Como leciona o ilustre jurista gaúcho, “instituição existe quando determinados indivíduos se reúnem para um fim comum que, em certo sentido, a eles transcende, embora lhes diga respeito”, sendo que “no caso do processo, os fins consistem na solução da lide e no restabelecimento da paz social”. [19]

70. É lógico que, sendo o processo um produto do homem, não poderia deixar de receber a marca trágica da antinomia que nos caracteriza, como seres também simultaneamente individuais e sociais.

71. A questão é que também se verifica um antagonismo nas funções do processo: fazer justiça à parte e restabelecer a paz social. A primeira de índole individual; a segunda de caráter coletivo. Lições essas facilmente aplicáveis ao processo civil e que também podem ser compreendidas na perspectiva do processo penal.

72. Numa primeira leitura, o ideal de justiça criminal poderia ser entendido como a aplicação pura da regra que impõe uma sanção ao infrator da legislação. Assim, na relação infrator x Estado, o direito da entidade política seria satisfeito mediante a apenação do indivíduo transgressor.

73. Ocorre que o Estado não é um ser individual. É, na verdade, uma reunião de desígnios, um arranjo institucional da coletividade. Também possui uma faceta orgânica, consubstanciada na reunião de indivíduos para um fim comum ordinariamente designado *interesse público*.

74. Destarte, a mesma dimensão antagônica do processo evidenciada no restabelecimento da paz social também pode ser percebida no fim (interesse público) perseguido pelo Estado, que, sobrelevando-se às vontades e interesses individuais, não se realiza ou não se satisfaz com a mera aplicação da sanção ao delinquente (justiça individual). Em outras palavras, numa análise mais aprofundada da celeuma, o restabelecimento da paz social pode não ser alcançado com a simples punição do indivíduo infrator, por ser medida a reclamar maior efetividade na atuação dos órgãos de repressão a ilícitos, como imperativo de interesse público que apenas se satisfaz em sua plenitude quando há recuperação de valores, identificação de autoria e materialidade delitiva até então desconhecidos, desmantelamento de organização criminosa, dentre outros.

75. Por seu turno, considerada a correlação com o devido processo legal, não se pode deixar de considerar nesta análise os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica que, na lição de DIDIER^[20], são "facetas que se complementam semanticamente: a segurança é a faceta geral da confiança; a confiança a face particular da segurança". Destarte, "o princípio da proteção da confiança impõe que se tutele a confiança de um determinado sujeito, concretizando-se, com isso, o princípio da segurança jurídica."

76. E é indene de dúvidas que ao colaborar com as autoridades responsáveis pela apuração do ilícito, o réu da ação penal atua com a expectativa de receber um benefício, depositando sua confiança de que os termos do acordo que lhe são benéficos serão mantidos, o que pode abranger a não utilização das informações em seu desfavor, inclusive em outras instâncias apuratórias, tal qual a civil e a administrativa.

77. Afinal, ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si próprio. *Acusare nemo se debet nisi coram Deo*^[21]. E não podendo ser compelido, o acusado também não pode ser engabelado, mediante uma formulação jurídica que que crie um benefício processual ilusório, visto que inapto a garantir a situação jurídica tencionada pelo agente colaborador as demais esferas apuratórias.

78. O doutrinador Marcos Paulo Dutra Santos, por sua vez, defende que a realização de acordos de colaboração entre acusação e defesa no processo penal deverá inevitavelmente tratar sobre as diversas possibilidades de sanção ao acusado (consideradas as diversas instâncias apuratórias), sob pena de esvaziamento de seus objetivos.^[22]

79. Nesse sentido foi também a constatação feita por Vinicius Gomes de Vasconcelos^[23], que identificou na Operação Lavajato uma ampliação da abrangência dos reflexos da colaboração premiada, ao se estabelecer cláusula no sentido de que, em ações de improbidade administrativa relacionadas aos fatos abrangidos pelo pacto, o MPF requererá, ao intervir como fiscal da lei, que a sentença produza efeitos meramente declaratórios, conforme notícia o procedimento pet 6138 do Supremo Tribunal Federal.

80. Assim, como visto, parcela importante da doutrina considera possível a extensão dos prêmios legais estabelecidos numa colaboração premiada penal a outras esferas do direito, numa espécie de analogia *in bonan parte*, já que o seu compartilhamento deverá comportar também a extensão premial.

81. Bem, utilizando como parâmetro o tratamento dado pela doutrina e pela jurisprudência às interceptações telefônicas, que só podiam ser originariamente efetivadas para fins penais, pacificou-se o entendimento de que as transcrições das gravações podem ser compartilhadas e utilizadas enquanto prova emprestada para objetivos não penais, desde que pertinentes aos fatos que ensejaram a interceptação. A título de ilustração, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IRREGULARIDADES FORMAIS: UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA - AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA - CAPITULAÇÃO DA CONDENAÇÃO DISTINTA DA DO INDICIAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. BIS IN IDEM NA CONDENAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONDUTAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FATOS E A PENA APLICADA CONFIGURADA.

1. É cabível a chamada "prova emprestada" no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo Juízo Criminal. Assim, não há impedimento da utilização da interceptação telefônica produzida no ação

penal, no processo administrativo disciplinar, desde que observadas as diretrizes da Lei n.º 9.296/96. Precedentes.

2. Nos termos da Súmula Vinculante n.º 5, "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição". Não obstante, segundo o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, a prescindibilidade da atuação do Advogado no Processo Administrativo Disciplinar não pode implicar, à toda evidência, a desnecessidade de que seja apresentada a efetiva defesa, ainda que realizada pessoalmente pelo Servidor, em atendimento ao princípio do devido processo legal. Precedentes.

3. No caso dos autos, a fase instrutória do processo administrativo se desenvolveu sem a presença de advogado, a despeito de o Servidor ter sido intimado para constituí-lo. Todavia, a partir do termo de indiciamento, o Impetrante outorgou poderes a advogado para representá-lo, conforme procuração de fl. 271, o qual efetivou a defesa do servidor apresentando defesa escrita e requerendo produção de novas provas, o que foi deferido.

4. A Autoridade competente para aplicar a penalidade administrativa vincula-se aos fatos apurados no processo administrativo disciplinar e não à capitulação legal proposta pela comissão de processante ou aos pareceres ofertados pelos agentes auxiliares. Assim, em processo administrativo disciplinar o Servidor se defende contra os fatos ilícitos que lhe são imputados, podendo a Autoridade administrativa adotar capitulação legal diversa da que lhes deu a Comissão de inquérito, sem que implique cerceamento de defesa. Precedentes. 5. Tendo sido o Servidor indiciado pela prática de condutas distintas, ensejando a capitulação nos ilícitos previstos nos arts.117, inciso IX e 132, incisos IV e XI, da Lei n.º 8.112/90, mostra-se manifestamente descabida a alegação de ocorrência de bis in idem.

6. As condutas pelas quais o Impetrante foi indiciado subsumem-se aos ilícitos administrativos capitulados, respectivamente, nos arts.117, inciso IX e 132, inciso XI, da Lei n.º 8.112/90, que possuem natureza formal, sendo, portanto, prescindível a comprovação da obtenção da indevida vantagem.

7. O controle judicial do ato administrativo que impõe a pena de demissão ao servidor público não está adstrito à análise dos aspectos formais do processo administrativo disciplinar, devendo também adentrar no âmbito da proporcionalidade da medida (adequação entre a infração e a sanção), por expressa disposição legal contida no art.128 da Lei n.º 8.112/90.

8. A aplicação da penalidade na esfera administrativa deve considerar as circunstâncias objetivas do fato - natureza da infração e dano causado - e as subjetivas do infrator - atenuantes e antecedentes funcionais.

9. Mostra-se razoável e proporcional a imposição da pena de demissão ao Impetrante, na medida em que as condutas a ele imputadas, para as quais estão previstas a pena de demissão, foram devidamente comprovadas nos autos do processo administrativo disciplinar; e que preponderaram as circunstâncias agravantes, em decorrência da suspensão ao Servidor em duas oportunidades anteriores, por inobservância das normas legais e regulamentares, deixar de levar ao conhecimento da autoridade superior irregularidades de que teve ciência em razão do cargo e conduta incompatível com a moralidade administrativa.

10. Inexistindo qualquer irregularidade formal no processo administrativo disciplinar, que teve seu regular desenvolvimento com a estrita observância do contraditório e da ampla defesa, não há ilegalidade capaz de inquirir de nulidade a expedição da portaria de demissão do Impetrante.

11. Segurança denegada.(MS 13.099/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, REPDJe 22/03/2012, DJe 24/02/2012)

82. Nesse sentido, é de se compreender ser razoável o compartilhamento de provas apresentadas em um termo de colaboração premiada na esfera penal para adoção de providências na esfera administrativa, desde que observadas as cláusulas pactuadas com o Ministério Público Federal e homologadas pelo Juiz Federal competente, no que diz respeito aos limites de atuação em relação ao colaborador.

83. Isso porque o acesso à prova emprestada deve ser útil ao prosseguimento das medidas necessárias à busca de punição de todos os envolvidos e à tomada de outras providências preventivas ou repressivas, inclusive relacionadas ao exercício do poder disciplinar. Porém, não se apresenta razoável sua utilização em desfavor do colaborador, valendo-se do que ele mesmo produziu no âmbito disciplinar, hipótese em que o Estado estaria ferindo seus deveres constitucionais e os limites éticos de seu agir.

84. 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 dos infratores. Nesse sentido, o uso dos elementos 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 quebrando o pacto inicial.

85. 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 todo o 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.^[24]

86. Assim, conforme demonstrado, é juridicamente razoável cogitar, em tese, o estabelecimento num acordo de colaboração premiada de prêmios (benefícios) que se projetem a outras esferas do direito, além de ser possível também o compartilhamento de provas obtidas a partir de uma colaboração premiada para adoção de providências em outras esferas, desde que observadas as cláusulas pactuadas com o Ministério Público Federal e homologadas pelo Juízo competente, especialmente no que tange aos limites de atuação em relação ao colaborador.

II.3. DA INEVITABILIDADE E DA ATIVIDADE (NORMATIVA) CRIATIVA DA JURISDIÇÃO À LUZ DO CASO CONCRETO OBJETO DA CONSULTA

87. Quanto ao caso concreto objeto da consulta, cabe, inicialmente, registrar o entendimento deste subscritor no sentido de que, s.m.j., a restrição judicial quanto à utilização da prova produzida em delação premiada em desfavor dos próprios delatores na seara disciplinar não caracteriza uma renúncia à pretensão punitiva disciplinar da Administração.

88. Com efeito, entendo que a determinação judicial (porque o Judiciário não exara ordens condicionais; ele simplesmente determina de forma certa e assertiva) para que a CGU não utilize os elementos de prova contra os colaboradores que a produziram não afasta o *jus puniendi* da Administração, mas apenas impede que a culpa do acusado/indiciado seja formada com amparo nas provas produzidas no âmbito da delação premiada.

89. É dizer, 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, na hipótese em que o acusado/indiciado é o delator premiado.

90. Consigne-se que a não utilização da prova produzida em sede de delação premiada, no caso narrado nesta consulta, não decorre de uma opção da Administração. Trata-se, em verdade, de determinação judicial, no sentido de que uma vez compartilhada a prova produzida no processo judicial, os elementos relativos à delação premiada não poderão ser utilizados em desfavor do colaborador.

91. Ressalte-se que o conteúdo do *ato jurídico* denominado *decisão judicial* é sempre uma determinação. Toda decisão judicial traz implícito a si um "cumpra-se", cujo objeto geralmente é descrito no dispositivo do *decisum*. Por dispositivo, entenda-se como a "parte da decisão em que o órgão jurisdicional estabelece um preceito, uma afirmação imperativa, concluindo a análise acerca de um (ou mais de um) pedido que lhe fora dirigido". Trata-se de conceito amplo, que abrange "toda e qualquer decisão, seja ela interlocutória ou final, quer nela se analise, ou não o objeto litigioso do procedimento".^[25]

92. Nessa senda, pode-se afirmar com absoluta segurança que não existe decisão judicial condicional. Nos termos do parágrafo único do art. 492 do CPC, *a decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional*.^[26] "Não é possível que a sentença condicione sua eficácia a evento futuro e incerto por ela mesma criado".^[27] Por isso, quando a CGU requer em juízo o compartilhamento de prova produzida em sede de delação premiada, e o MM Juiz defere o pedido, desde que *o órgão requerente assumo o compromisso de não utilizar os elementos de provas contra os colaboradores que os produziram*, não há como considerar que a decisão impôs uma condição ao compartilhamento de provas nela autorizado. O que há é uma vedação à utilização daquelas provas na seara disciplinar, em desfavor dos delatores premiados.

93. Com efeito, o que se vislumbra no caso concreto é que o texto do Ofício nº OFI.0044.001439-3/2017 possui teor quase que praticamente idêntico à manifestação do Ministério Público Federal, quando apreciado sob o aspecto estritamente formal e, assim sendo, talvez não tenham sido adotadas as cautelas necessárias por ocasião da elaboração do texto. Todavia, se sob o ponto de vista material estamos diante de uma decisão judicial, não há espaço para condicionantes. O que há é uma determinação judicial para que as provas produzidas em sede de delação premiada não sejam utilizadas pela Administração em desfavor dos delatores/colaboradores.

94. Eventualmente, considerando que não se encontra encartada nestes autos de processo administrativo eletrônico SAPIENS a cópia da decisão que deferiu o pedido de compartilhamento de provas, mas tão somente uma cópia do Ofício nº OFI.0044.001439-3/2017 e da manifestação do MPF, a CRG/CGU poderá officiar ao juízo em que foi produzida a prova a ser compartilhada, solicitando um esclarecimento quanto aos limites da restrição imposta na decisão, inclusive no que tange ao afastamento de eventual aparência de decisão condicional.

95. Afinal, há que se ter em conta que, ordinariamente, a Administração permanece vinculada ao princípio da legalidade. De fato, a atividade administrativa vincula-se à *lei* posta pelo Legislativo, bem como aos regulamentos editados pelo Executivo. Nesse sentido, a doutrina clássica de Hely Lopes Meirelles:

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. (...) Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. (...) As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contém verdadeiros poderes-deveres, irreligáveis pelos agentes públicos. [28]

96. Também a doutrina moderna, encetada por José dos Santos Carvalho Filho:

Na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei. [29]

97. Bem como um dos maiores expoentes do Direito Administrativo brasileiro de todos os tempos, o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de

consequente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

(...)

No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37, caput, e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões.^[30]

98. O que ocorre é que um dos efeitos da *decisão judicial* é a criação de uma *regra jurídica particular*, numa perspectiva muito próxima da de *Carnelutti*, para quem no âmbito do processo judicial são criados direitos subjetivos e obrigações que nascem a partir da decisão. Tal regra particular criada pelo magistrado passa a integrar o ordenamento jurídico, devendo ser observada, inclusive, pela Administração, em observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

99. Auxilia na compreensão da questão os ensinamentos de *Calamandrei*, que indo na mesma direção do entendimento exposto acima, prega que a lei abstrata se individualiza por obra do juiz. Segundo as lições do ilustre processualista:

Assim, como a lei vale, enquanto está em vigor, não porque corresponda à justiça social, senão unicamente pela autoridade de que está revestida (*dura lex sed lex*), assim também a sentença, uma vez transitada em julgado, vale não porque seja justa, senão porque tem, para o caso concreto, a mesma força da lei (*lex specialis*). Em um certo ponto, já não é legalmente possível examinar se a sentença corresponde ou não à lei: a sentença é a lei, e a lei é a que o juiz proclama como tal.^[31]

100. É nesse cenário que atua o princípio da inevitabilidade da jurisdição, que informa a impossibilidade do jurisdicionado se esquivar da incidência dos efeitos da decisão judicial. Nas palavras da consagrada doutrina processual pátria:

(...) a autoridade dos órgãos jurisdicionais, sendo uma emanção do próprio poder estatal soberano, impõe-se por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto para aceitarem os resultados do processo; a situação de ambas as partes perante o Estado-juiz (e particularmente a do réu) é de sujeição, que independe de sua vontade e consiste na impossibilidade de evitar que sobre elas e sobre sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal.^[32]

101. Trata-se, em verdade, do *monopólio da última palavra*, exercido, conforme lição de CANOTILHO, no âmbito da *reserva de um conteúdo material funcional típico da função jurisdicional, que se materializa numa decisão definitiva, imparcial e juridicamente vinculativa*.^[33]

102. Outra hipótese que se vislumbra é o próprio acordo de delação premiada contemplar dispositivo em que se estabeleça alguma espécie de imunidade para o colaborador também na instância administrativa disciplinar. Afinal, o acordo de delação premiada é espécie de negócio jurídico processual, conforme lição de DIDIER:

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos

limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.

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.^[34]

103. Há que se concluir, portanto, que o acordo de delação premiada possui caráter normativo, por se tratar de um âmbito de produção de uma regra jurídica individualizada, por iniciativa das partes interessadas e nos termos em que alcançado o consenso, regra jurídica essa que é chancelada pelo Judiciário, por meio de verificação de sua regularidade.

104. E, dessa forma, a regra jurídica individualizada de natureza convencional produzida no âmbito do acordo de delação premiada, após ser chancelada pelo Judiciário, passa a obrigar também a Administração, quando seu conteúdo contemplar alguma situação jurídica relativa à seara disciplinar.

105. Tem-se, por conseguinte, que tanto a regra jurídica individualizada criada pela decisão judicial quanto aquela que é 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.

III - CONCLUSÃO:

106. Ante o exposto, com amparo na fundamentação retro, concluo:
- 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 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;
 - 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;
 - 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;

- por segurança, o órgão interessada 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;
- a decisão judicial cria uma regra jurídica particular, cuja normatividade alcança a todos os jurisdicionados, em conformidade com o princípio da inafastabilidade da jurisdição;
- 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;
- 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;
- 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.

107. É o parecer, *sub censura*.

À consideração superior.

Brasília, 14 de maio de 2018.

RODRIGO MATOS RORIZ

Procurador Federal

Coordenador

Coordenação-Geral de Processos Judiciais e Disciplinares

Consultoria Jurídica do Ministério da Transparência e

Controladoria-Geral da União

VINÍCIUS DE CARVALHO MADEIRA

Coordenador-Geral de Processos Judiciais e Disciplinares

Consultoria Jurídica do Ministério da Transparência e

Controladoria-Geral da União

RENATO DE LIMA FRANÇA

Consultor Jurídico

Consultoria Jurídica do Ministério da Transparência e

Controladoria-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190106999201766 e da chave de acesso e6849191

Notas

1. [^] *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.*
2. [^] *FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil vol. 1. 12ª ed. Salvador: Juspodvm, 2014, p. 538.*
3. [^] *MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. p. 141 in FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil vol. 1. 12ª ed. Salvador: Juspodvm, 2014, p. 539.*
4. [^] *FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil vol. 1. 12ª ed. Salvador: Juspodvm, 2014, p. 542.*
5. [^] *FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil vol. 1. 12ª ed. Salvador: Juspodvm, 2014, p. 539.*
6. [^] *FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil vol. 1. 12ª ed. Salvador: Juspodvm, 2014, p. 542.*
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 Compliance, Salvador: Ed. JusPodivm, 2ª ed., p. 338.*
9. [^] *VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 55-56.*
10. [^] *BITTAR, Walter. Delação Premiada. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5.*
11. [^] <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf>.
12. [^] *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 62, out/dez. 2016, fls, 33/34.*
13. [^] *Vinicius Gomes de Vasconcelos também associa a colaboração premiada ao processo: "... a essência da colaboração premiada é de natureza processual, em viés probatório, com o afastamento do acusado de sua posição de resistência, a partir da fragilização de sua defesa e a aderência à persecução penal". (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 55).*
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. [^] *DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 91.*
17. [^] *ROCCO, Alfredo. La sentenza civile. Milano: Giuffrè, 1962, p. 14, in: SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.*
18. [^] *SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74-75.*
19. [^] *LACERDA, Galeno. Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.*
20. [^] *DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil vol. 1. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 139.*
21. [^] *Em direito, ninguém é obrigado a acusar a si próprio a não ser perante Deus.*
22. [^] *SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração - delação - premiada.. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 168-170.*
23. [^] *VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53.*

24. [^] *Texto* disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo434.htm>.
25. [^] DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 239.
26. [^] *A jurisprudência do e. STJ confirma a regra jurídica processual: AgRg no AREsp 62.808/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 02/10/2017; AgRg no AREsp 79.101/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 13/11/2013.*
27. [^] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil v. 2: Processo de Conhecimento*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 412.
28. [^] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 89.
29. [^] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, p. 19.
30. [^] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 100 e 102.
31. [^] CALAMANDREI, Piero. *Estudos sobre el processo civil*, p. 158, in MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38.
32. [^] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 157.
33. [^] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 664-668 (passim).
34. [^] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil vol. 1*. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 380.

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 105724556 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DE LIMA FRANCA. Data e Hora: 15-05-2018 09:57. Número de Série: 102353. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v4.

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 105724556 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA. Data e Hora: 15-05-2018 01:42. Número de Série: 13557790. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

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 105724556 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RODRIGO MATOS RORIZ. Data e Hora: 14-05-2018 16:00. Número de Série: 13907085. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO DE APROVAÇÃO Nº 672/2018/GM

Processo nº 00190.106999/2017-66

Aprovo o Parecer nº 00038/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU.

Retorne-se à Consultoria Jurídica, para os encaminhamentos necessários.

WAGNER DE CAMPOS ROSÁRIO

Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, Substituto



Documento assinado eletronicamente por **WAGNER DE CAMPOS ROSARIO, Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, Substituto**, em 22/05/2018, às 14:35, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 0728802 e o código CRC 3C89A86B

Referência: Processo nº 00190.106999/2017-66

SEI nº 0728802