

RECEBIDO EM: 10/08/2020

APROVADO EM: 05/01/2021

LIMITES AO COMPARTILHAMENTO DOS ELEMENTOS DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO ENTRE OS ÓRGÃOS DE CONTROLE

*LIMITS OF SHARING ELEMENTS OF COLLABORATION
AGREEMENTS AMONG CONTROL AGENCIES*

Guilherme Corona Rodrigues Lima

*Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade de
São Paulo - PUC-SP. Advogado Sócio de Corona e Bío Sociedade de Advogados.*

Professor de Direito Administrativo.

Clovis Beznos

Doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

*Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Os acordos de colaboração e seus principais aspectos; 2. Requisitos para o compartilhamento dos elementos obtidos em acordos de colaboração; Conclusão; Referências

RESUMO: Pretende-se com o presente artigo fixar os principais aspectos e os limites ao compartilhamento dos indícios obtidos em acordos de colaboração entre os diversos órgãos de controle, considerando a localização dos acordos no sistema legal brasileiro, assim como as condições para que haja acesso a seus elementos por parte de órgãos de controle. Utiliza-se como ponto de partida o entendimento doutrinário acerca desses elementos para, em segundo momento, compará-lo a determinadas decisões judiciais de tribunal superior. Conclui-se que os parâmetros de quando esse compartilhamento é oportuno e seus limites passam, necessariamente, pela preservação dos direitos do colaborador e pela impossibilidade de sua esfera de responsabilização ser, de qualquer modo, agravada pelo órgão que receba os elementos compartilhados.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Administrativo. Direito Administrativo Sancionador. Órgãos de controle. Acordos de Colaboração. Leniência. Compartilhamento.

ABSTRACT: The aim of this article is to establish the main aspects and limits to the sharing of research elements obtained in collaboration agreements among the various control agencies, regarding the position of collaboration agreements in the Brazilian legal system, as well as the conditions to grant access of its elements to control agencies. It is taken as starting point the doctrinal understanding about these elements to then compare it to certain judicial decisions of superior court. It concludes that the parameters of when this sharing is recommended and its limits necessarily considers the preservation of collaborator's rights and the impossibility of aggravation of his legal situation by the receiving control agency.

KEYWORDS: Administrative Law. Sanctioning Administrative Law. Control Agencies. Collaboration Agreements. Leniency. Sharing.

INTRODUÇÃO

O complexo sistema de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas, que praticam atos lesivos ao erário instituído no Brasil, faz com que surja interessante debate sobre o compartilhamento de indícios obtidos, em especial, por meio dos acordos de colaboração premiada e dos acordos de leniência. Isto porque diversos órgãos possuem poderes de investigação e prerrogativas de aplicação de sanções dentro de suas esferas de atuação e, ao mesmo tempo e em tese, podem firmar ajustes objetivando buscar a colaboração nas investigações e na reparação dos danos com investigados.

Desse modo, pretende-se avaliar por meio do presente estudo as hipóteses em que os elementos obtidos, quando da celebração de tais ajustes por determinado órgão de controle, podem ser compartilhados com outros órgãos controladores bem como os efeitos e limites de tal compartilhamento.

Utilizaremos para esse intuito a expressão “indícios”¹ e não simplesmente “provas”² pois as declarações colhidas no âmbito dos acordos de colaboração sobre atos ilícitos devem, necessariamente, ser confirmadas por outros elementos de corroboração, por exemplo documentos que comprovem os ilícitos para que, após valorados pelos órgãos competentes, possa-se imputar eventuais responsabilidades aos envolvidos, sob pena de não se mostrarem suficientes para o apenamento dos infratores.

De forma diversa é defeso proceder, pois as sentenças condenatórias não podem estar fundamentadas nas declarações isoladas de agente colaborador, nos termos do art. 4º, §16 da Lei n.º 12.850/13, a chamada Lei das Organizações Criminosas, o que se tem, de forma analógica, para os acordos de leniência do âmbito cível e administrativo em geral.

1 “Apesar de grande parte da doutrina referir-se aos indícios apenas com o significado de prova indireta, nos termos do art. 239 do CPP, a palavra indício também é usada no ordenamento penal pátrio com o significado de uma prova semiplena, ou seja, o sentido de um elemento de prova mais tênue, com menos valor persuasivo. É com esse significado que a palavra indício é utilizada nos arts. 126, 312 e 413, caput, todos do CPP. (LIMA, 2016)

2 “O termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, provar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar” (NUCCI, 2016, p. 246)

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo traçar além de um breve panorama sobre os principais aspectos dos acordos celebrados com os órgãos de controle, delimitar os requisitos para o compartilhamento dos elementos obtidos por meio deles, avaliando-se a importância da regularidade dos procedimentos de compartilhamento de dados no âmbito geral de uma política pública de enfrentamento à corrupção que, ao mesmo tempo busque a reparação dos danos causados ao erário e o aprofundamento das investigações e respeito os direitos a ampla defesa e ao contraditório garantidos aos acusados em geral.

OS ACORDOS DE COLABORAÇÃO E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS

A Constituição Federal de 1988 adotou um multifatorial sistema de controle da Administração Pública, prevendo a existência de diversos órgãos autônomos e com competências muito semelhantes para a investigação e responsabilização de atos de malversação do dinheiro público.

O Decreto-Lei n.º 4.657/1942, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, traz em seu artigo 26, que foi incluído pela Lei n.º 13.655/18, autorização genérica para que a Administração Pública, objetivando “eliminar irregularidade, incerteza ou situação contenciosa na aplicação do direito público” possa celebrar acordos com os interessados. Tem-se na previsão normativa supracitada a autorização normativa para que os órgãos administrativos e, também, os órgãos controladores (que dentro da organização administrativa do Estado brasileiro não deixam de ser órgãos administrativos) possam celebrar acordos objetivando sanar irregularidades e recompor o erário.

É o avaliado por Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas:

O referido dispositivo ainda prevê que tal “compromisso poderá ser celebrado com os interessados”. Disso decorre tratar-se de permissivo genérico para a celebração dos acima referenciados acordos de complementação. É que o legislador, em vez de se utilizar do termo “partes” houve por bem ampliar seu espectro para todos os interessados que possam ter seus direitos afetados pela situação jurídico-contenciosa. (MARQUES NETO E FREITAS, 2019, P. 109)

Além da autorização genérica acima mencionada, o ordenamento jurídico traz, pelo menos, dez tipos de outros acordos específicos que podem ser celebrados com os órgãos controladores, conforme notícia a

Cartilha de “Orientações para celebração de acordos de colaboração por empresas” produzida pela Deloitte e pelo Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial – IBDEE em agosto de 2018:

Acordos de leniência (Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – MTCGU e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE), termo de compromisso de cessação (CADE), acordo de controle de concentrações (CADE), termo de compromisso (Banco Central – BACEN), acordo de supervisão (BACEN), termo de compromisso (Comissão de Valores Mobiliários – CVM), acordo de supervisão (CVM), termo de ajustamento de conduta em matéria trabalhista e termo de ajustamento de conduta em matéria ambiental.³

Digno de destaque, ainda, em matéria penal, os eventuais benefícios decorrentes do estabelecimento final de acordo de colaboração premiada, previstos no artigo 4º e seguintes da Lei 12.850/13.

A tais tipos de acordos acrescentam-se ainda, o acordo de não persecução penal previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal⁴, com redação dada pela Lei Federal nº 13.964/19 bem como a celebração de acordo de não persecução cível da ação de improbidade administrativa, a ser celebrado tanto na fase extrajudicial como na fase judicial, nos moldes do §1º do artigo 17 da Lei Federal nº 8.429/92, introduzido pela mencionada Lei Federal nº 13.964/19.

Por serem os mais difundidos e, de certa forma, se mostrarem complementares, abordaremos brevemente do acordo de colaboração premiada em matéria criminal e do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção. Em que pese a natureza complementar dos institutos, é relevante notar que o cenário em que se inserem requer ainda uma sistematização quanto aos legitimados, considerando-se a importância do debate acerca do chamado “balcão único”, cumpre destacar a avaliação da doutrina sobre como o conteúdo moral do combate à corrupção pode prejudicar tal sistematicidade.

Nesse sentido Tojal e Tomasauskas:

-
- 3 Orientações para celebração de acordos de colaboração por empresas. Disponível em: <<http://ibdee.org.br/wp-content/uploads/2018/10/Cartilha-acordos-Deloitte-IBDEE.pdf>>, acesso em 4 de fevereiro de 2019.
- 4 Na lição de Aury Lopes Jr. o acordo de não persecução penal é “poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciários, antes forjados no confronto, que agora precisa abrir-se para uma lógica negocial” (LOPES JR., 2020, p.224)

Esse sem dúvida é o grande desafio que o instituto da leniência possui no Brasil atualmente: sobreviver à competição e à autofagia de diversos órgãos e instituições do Estado que, sob efeitos do discurso anticorrupção, agem de forma esquizofrênica, competindo por um desarraçado protagonismo ou simplesmente boicotando o instituto em razão de interesses até mesmo escusos. (TOJAL E TOMASSAKAS, 2018, P.238-254)

Feita a advertência doutrinária, reafirmamos serem os acordos complementares porque, não raro, os elementos obtidos em um ou outro acordo são compartilhados para fins de se obter maior consistência na acusação a ser promovida pelos órgãos competentes, em especial diante dos inúmeros órgãos de controle existentes no sistema normativo brasileiro⁵.

A colaboração premiada⁶, por um lado, tem previsão no artigo 4º e seguintes da Lei n.º 12.850/13 que condiciona o resultado da colaboração aos resultados elencados em seus incisos ao prever que, a requerimento das partes, o magistrado poderá conceder o perdão judicial⁷, reduzir até dois terços de pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que colabora espontaneamente e com efetividade com a investigação e processo criminal.

Dessa forma, a colaboração criminal⁸ deve auxiliar em um ou mais dos seguintes resultados: identificação dos demais participantes da organização criminosa e também das demais infrações penais praticadas

5 Oportuna a crítica de Cibele Fonseca “Se o Ministério Público realiza acordo de colaboração premiada na esfera penal e ajuíza ação de improbidade na seara cível, está sendo desleal, contraditório, frustrando a expectativa do colaborador” (FONSECA, 2017, p. 152.)

6 “O nome delação passa a ideia de que, tendo sido flagrado cometendo o delito, bastaria ao agente entregar crime cometido por outrem, trazendo carga negativa de ordem ideológica e ética ao instituto, mercando posição de cúmplice pernicioso; além de não servir para identificar corretamente o conteúdo do instrumento; tampouco se enquadra na sua natureza e razão de ser, que abrange condutas cooperativas destinadas ao esclarecimento de delitos, à individualização dos seus autores ou à forma de atuação de organização criminosa, e ainda a recuperação total ou parcial do produto do crime sem que haja a imputação de fatos a terceiros em duas dessas situações” (PEREIRA, 2013)

7 “Dito isso, é possível, em linhas gerais como uma técnica de investigação sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigado, buscando o ingresso cognitivo dos órgãos de persecução penal no interior da organização criminosa a partir da confissão do colaborador, sendo que a atitude cooperativa advém, de regra, da expectativa do prêmio consistente em futura amenização da punição, em vista da relevância da informação voluntariamente prestada” (PEREIRA, 2013)

8 “(...) modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual

pelo grupo, revelar a estrutura hierárquica e de divisão de tarefas, prevenir novas infrações que viriam a ser praticadas pela organização criminosa, auxiliar na recuperação total ou parcial do produto das infrações ou auxiliar na localização de eventual vítima com a sua integridade preservada.⁹

Nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt, a colaboração premiada pode conduzir à “[...] redução da pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a isenção total da pena) para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo Juiz na sentença final condenatória” (BITTENCOURT, 2010, p.724)

Por sua vez, dispõe o artigo 16 da Lei 12.846/13 sobre a autorização para que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública celebre “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”, condicionando a celebração da avença a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Na lição de Modesto Carvalhosa:

Leniência, portanto, no contexto da presente lei representa um pacto de colaboração firmado entre a autoridade processante e a pessoa jurídica indiciada ou já processada, através da qual se estabelece a promessa de serem abrandadas as penalidades aqui instituídas (art. 6º) uma vez alcançada a maior abrangência do concurso delitivo em termos de pessoas jurídicas e/ou de agentes públicos envolvidos, sabendo-se que estes últimos não integram, como sujeito ativo, o devido processo penalmente administrativo, como reiterado. (CARVALHOSA, 2015, p.171)

Assim, em matéria de acordos de tal natureza, seja em que esfera ou órgão se derem, tem-se um duplo objetivo das partes envolvidas: redução

de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes” (VASCONCELLOS, 2015)

9 “Esse apelo à cooperação do agente criminoso tem a sua razão de ser: no caso de delitos praticados por organizações complexas e estruturadas de pessoas, as atividades de investigação são significativamente dificultosas em decorrência da intenção e da capacidade do grupo de praticar os delitos aos quais se propõem, ocultando os rastros de provas que poderiam levar à descobertas essas práticas ilícitas. Assim, a cooperação de um integrante da própria organização criminosa, incentivada por meio da concessão de benefícios àquele que coopera, passa a ser a estratégia investigativa mais facilitada disponível aos órgãos de persecução” (CALLEGARI, 2019)

ou exclusão das sanções e obtenção de elementos que confirmem robustez para a investigação e auxiliem na reparação e prevenção de ilícitos.

Razão pela qual o órgão controlador, ao celebrar o acordo, almeja obter de forma rápida elementos para responsabilizar o maior número possível de envolvidos e evitar a prática de novos ilícitos daquela natureza, prevenindo sua ocorrência e responsabilizando os envolvidos. Objetivo principal, ainda, é obter a devida reparação do dano ao erário de forma célere e eficaz.

Portanto, aquele que cometeu o ilícito, por sua vez, ao celebrar o acordo pretende que suas sanções sejam mitigadas e sua imagem preservada e, no caso de pessoas jurídicas, objetivam garantir a continuidade do empreendimento empresarial evitando sanções que inviabilizem o negócio.

2. REQUISITOS PARA O COMPARTILHAMENTO DOS ELEMENTOS OBTIDOS EM ACORDOS DE COLABORAÇÃO

Conforme demonstrado, o ordenamento jurídico brasileiro não impede a apuração dos mesmos fatos em esferas autônomas de responsabilização e nem mesmo a celebração de acordos de colaboração com distintos órgãos controladores, podendo para tanto haver o pretendido compartilhamento de elementos entre eles desde que o colaborador não tenha sua esfera jurídica de direitos prejudicada.

A clareza quanto à possibilidade de compartilhamento de tais elementos objetiva fortalecer a obtenção dos acordos que, muitas vezes, são os únicos meios de se conseguir a prova dos ilícitos praticados dando a eles a necessária segurança jurídica¹⁰ e de outro lado a proteção dos colaboradores das sanções a serem aplicadas pelos outros órgãos que não participaram da colaboração.

Antônio Magalhães Gomes Filho, falando genericamente sobre a obtenção de provas pelos órgãos sancionadores, afirma que:

(...) ao estabelecer os estreitos parâmetros de tais atividades, fica clara a intenção do legislador em assegurar que a obtenção de provas

10 "A segurança jurídica consiste no "conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída" (SILVA, 2006, p. 133)

seja realizada de forma compatível com os direitos fundamentais envolvidos com a intimidade, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações (art. 5º, incs X, XI e XII, CF). (GOMES FILHO, 2016, p. 61)

A proteção ao colaborador, nessa linha, é um incentivo real para que aquele que cometeu um ilícito possa celebrar o acordo pretendido bem como para que o interesse público que se visa alcançar na celebração da avença possa ser devidamente atingido, tudo isso em atenção ao que o Ministério Público Federal chama de “conceito transversal” do acordo.

De modo que, enquanto o órgão do parquet for o âmbito institucional por onde as colaborações necessariamente transitam, ao menos em matéria penal, é imprescindível considerar o teor da Nota Técnica n.º 01/2017, oriunda da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Nela é possível identificar a preocupação com a referida proteção do colaborador, uma vez que compreende que o participante não está adstrito a apenas um âmbito de responsabilização. Isto porque mesmo dentro da instituição existem órgãos de execução com atribuições distintas, cada qual com uma atuação delimitada, enquanto o colaborador é pessoa cujas responsabilidades serão concentradas unicamente em si, seja sob sua liberdade ou sob seu patrimônio. Tal complexidade exige a sistematização própria da colaboração, de modo a incentivar a utilização do instituto, garantindo o benefício almejado pelo colaborador aderente de tentar resolver todas as questões afetas ao ilícito que pretende confessar e reparar.¹¹

Assim, as limitações ao compartilhamento seguirão em um primeiro momento as limitações gerais da utilização de evidências por outras instâncias. De modo que tendo sido produzida legalmente de início, isto é, por meio de juiz natural com observância de contraditório e ampla defesa,

11 “Compreende-se por caráter transversal a heterogeneidade de situações jurídicas em que estão a pessoa jurídica infratora (parte disposta a colaborar) e o Poder Público (parte leniente). Em razão da existência e da autonomia dos sistemas de responsabilização, o Poder Público apresenta-se fragmentado, com órgãos e entidades diversas, com atribuições constitucionais e legais diferenciadas, que detêm pretensões sancionadoras distintas em razão dos mesmos atos ilícitos. No entanto, em situação diversa, do ponto de vista da pessoa jurídica infratora a realidade infracional é unitária, ainda que sujeita aos diferentes canais estatais de responsabilização. De um lado, fragmentação sancionatória; de outro, unidade da personificação jurídica afetada pelas diversas consequências sancionatórias. Para compatibilizá-la com a aludida fragmentação organizacional do Estado, no intuito de assegurar efetivo equilíbrio às posições de cada parte, há de se interpretar as diversas regras do microsistema para respeitar o princípio de que a leniência deve beneficiar, mas não prejudicar o colaborador, quando se compara sua situação posterior à leniência com aquela em que estaria caso não tivesse optado pelo acordo.” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017)

e em seguida oportunizado novo contraditório e ampla defesa para o processo seguinte, inexistirão óbices ao compartilhamento. Outras questões processuais podem ser levantadas, como o objeto da prova coincidir e o rito processual ser idêntico. Ocorre que tais questões inviabilizam o uso de prova em âmbitos de responsabilidade diversos, como o produzido na seara criminal e que seria levado ao âmbito da improbidade administrativa, procedimentos disciplinares, anticorrupção e outros.

Exatamente em razão de tal proteção ao colaborador, é que existem restrições da publicidade dos termos da avença, conforme se extrai do § 3º do artigo 7º da Lei nº 12.850/13 que dispõe que o acordo de colaboração é sigiloso até que seja recebida a denúncia criminal oferecida em razão dos fatos objeto da colaboração.

Quanto a publicidade, o Ministério Público Federal, no bojo da Petição 5.588-DF do Supremo Tribunal Federal, trouxe interessante diferença do tratamento do tema, entendendo haver questões internas e externas ao processo que devem ser levadas em conta em tal análise.

Em termos endoprocessuais, o acordo deixaria de ser sigiloso após o recebimento da denúncia criminal de modo a garantir que os atingidos por ele, os chamados delatados, possam ter conhecimento das imputações feitas e realizarem, de forma ampla, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Já em termos extraprocessuais a publicidade está ligada a garantia constitucional prevista no artigo 5º, inc. LX, da Constituição Federal que excepciona o princípio da publicidade processual somente na hipótese de defesa da intimidade e quando o interesse social assim exigirem¹².

12 A respeito do sigilo da colaboração premiada, deve-se diferenciar o tratamento endo (ou interna) e extraprocessual (ou externa) do princípio da publicidade.

A primeira parte do art. 7º, § 3º, da Lei 12.850 trata do sigilo endoprocessual, ou seja, para as demais partes do processo, em especial para os atingidos pela colaboração. Por isso dispõe que o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia. O foco, no caso, é o direito daqueles que foram atingidos pelo conteúdo do acordo, buscando maximizar o contraditório e a ampla defesa. Em tal caso, o termo final máximo do sigilo é o recebimento da denúncia. A partir desse instante, o acordo e seus desdobramentos tornam-se, necessariamente, públicos para os réus incriminados pela colaboração (ao menos em relação àqueles termos pertinentes, que foram substrato para o oferecimento da denúncia). Mas é importante destacar que, conforme dito, trata-se de um termo final máximo.

[...]

Por sua vez, outra coisa diz respeito ao sigilo extraprocessual (publicidade externa) – ou seja, a possibilidade de os cidadãos acompanharem ou não o processo. Também aqui incide princípio da publicidade, que se plasma, nas palavras de Ferrajoli, numa garantia das garantias ou garantia de segundo grau, ou seja, pois representam instrumentos pelos quais se assegura o controle sobre a

O Ministro Teori Zavascki, na decisão relativa a petição nº 5.588-DF, proferida em 26 de novembro de 2015, afirmou que:

É certo que a Lei 12.850/2013, quando trata da colaboração premiada em investigações criminais, impõe regime de sigilo ao acordo e ao procedimento correspondente (art. 7º), sigilo que, em princípio, perdura até a decisão de recebimento da denúncia, se for o caso (art. 7º, § 3º). Essa restrição, todavia, tem como finalidades precípua (a) proteger a pessoa do colaborador e de seus próximos (art. 5º, II) e (b) garantir o êxito das investigações (art. 7º, § 2º).

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assente sobre a possibilidade de compartilhamento de evidências obtidas em procedimentos de natureza criminal para instruir procedimentos de natureza civil e administrativa.

Admite o Supremo Tribunal Federal a prova emprestada do processo penal em procedimentos administrativos (RE 810.906, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 25.5.2015, DJe de 28.5.2015) bem como a prova penal emprestada para subsidiar apurações de cunho disciplinar (Inq-QO 2.725, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 25.6.2008, publicado em 26.09.2008, Tribunal Pleno).

O compartilhamento dos indícios obtidos em acordos de colaboração, no entanto não podem ser tratados como um simples compartilhamento de provas a ser feito de forma processual corriqueira uma vez que tais elementos não foram obtidos pelo Estado-acusação, por seus próprios meios, por meio de instrução processual comum, mas sim com a ativa colaboração do delator.

Os elementos foram fornecidos, por vontade própria, pelas partes envolvidas que renunciaram ao seu direito de não incriminação e decidiram colaborar com o Estado em troca de benefícios previstos na legislação de regência.

Dessa forma, pode ocorrer o compartilhamento dos indícios produzidos no interesse dos demais órgãos de controle, porém a sua utilização não pode se dar contra o colaborador e nem em prejuízo a ele em procedimentos judiciais ou administrativos de qualquer natureza. Isto

efetividade das demais garantias. Em nosso ordenamento constitucional, a exceção à publicidade dos atos processuais somente deve ser admitida pela lei quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, conforme dispõe o art. 5º, inc. LX, da Constituição Federal.

porque, em profundidade, tais ajustes têm raízes no Sistema Nacional de Defesa da Concorrência, dimensão na qual se manifestam não só como meio de defesa, mas também como alternativa de investigação vindo a ser incorporado, posteriormente, no chamado microsistema de combate a corrupção brasileiro, formado por diversos instrumentos legislativos, nas mais diversas searas do direito, que objetivam reprimir os atos lesivos a Administração Pública.

É diferente do mero reconhecimento dos fatos e por essa razão tem de ter consequências diversas. Na medida em que constitui tipo de confissão qualificada, aquele que se beneficiou das práticas ilícitas vai apontar e demonstrar a extensão das suas atividades ilegais e demais envolvidos de que tiver ciência, com vistas a uma melhora da sua situação legal. É preciso trazer à equação negocial e judicial a justa expectativa do colaborador de, uma vez contribuído, responder na exata medida do fixado no ajuste de colaboração. De rigor, portanto, a inaplicabilidade dos elementos obtidos nos acordos de colaboração e leniência em prejuízo não antecipado pelo colaborador.

O deferimento do compartilhamento, nessa linha, deve-se revestir do binômio necessidade e pertinência, ou seja, deve haver necessidade concreta dos elementos de prova que se produziu em outro procedimento bem como tal procedimento deve guardar pertinência com a investigação que esteja em curso perante o órgão que pretende obter referidos elementos de prova.

Razão pela qual o requerimento de compartilhamento da prova deve estar devidamente justificado por meio de documentos idôneos que demonstrem a pertinência e a necessidade de pretensão, como por exemplo, cópia da portaria de instauração de Inquérito Civil que apuram fatos correlatos ou instauração de procedimentos fiscal.

Tal compartilhamento dos elementos obtidos nos acordos de colaboração premiada e de leniência com outros órgãos de controle só pode se dar se tais órgãos aderirem, de forma expressa, aos termos convencionados, única hipótese em que haveria viabilização legítima de compartilhamento daquilo que foi obtido pelo órgão que celebrou o acordo por outro órgão que pretende utilizar dos seus elementos. É natural que as demais instituições de controle se manifestem pela obtenção desses dados, com vistas a reflexos orçamentários ou mesmo pela atuação incumbida a elas pela lei.

Sobre o comportamento dos órgãos de controle, Mahoney e Thelen:

Pela nossa abordagem, as instituições estão repletas de tensões porque elas inevitavelmente geram considerações de recursos e elas invariavelmente têm consequências distributivas. Qualquer conjunto especificado de regras ou expectativas – formais ou informais – que padronizam a ação terão consequências desiguais para alocação de recursos, e claramente muitas instituições formais visam especificamente distribuir recursos para alguns tipos de atores e não para outros. Isto se dá precisamente para aquelas instituições que mobilizam recursos significativos e altamente valorizados (e.g., a maioria das instituições políticas e econômico-políticas). (tradução nossa)¹³

E, mesmo com a adesão, há sempre a vedação expressa de utilização das provas contra o colaborador. Esta vedação é absoluta e está de acordo com a referida transversalidade caracterizada pelo parquet federal. Não se pode confundir, no entanto, a vedação que se refere ao colaborador com o conjunto probatório por ele produzido, o qual está apto a ser compartilhado com autoridades administrativas, civis e fiscais, para persecução de atos não atribuíveis ao colaborador.

Importante notar que a inobservância da norma pode causar um abalo no sistema anticorrupção, tanto do procedimento que estiver fundamentando quanto do planejamento institucional de combate à corrupção que se está levando a efeito. Não por outra razão há doutrina que contesta o uso dos instrumentos probatórios que decorrem de colaboração, às vezes associados a práticas consideradas ilegais. Nesse sentido é o asseverado por Edgardo Buscaglia:

Os abusos judiciais mais frequentes parecem ser o descaminho de prova, alegações de tortura que não foram investigadas e contradições na valoração ou peso aplicado pelo juízo ou acusação ao conjunto probatório, que se traduz em conflito entre a doutrina doméstica prevalecente e jurisprudência. [...] Outros abusos incluíam atrasos judiciais injustificados; uso contraditório de critérios jurisprudenciais dentro do mesmo tipo de caso no mesmo juízo, e o uso de jurisprudência

13 “In our approach, institutions are fraught with tensions because they inevitably raise resource considerations and invariably have distributional consequences. Any given set of rules or expectations – formal or informal – that patterns action will have unequal implications for resource allocation, and clearly many formal institutions are specifically intended to distribute resources to particular kinds of actors and not to others. This is true for precisely those institutions that mobilize significant and highly valued resources (e.g., most political and political-economic institutions)”. (MAHONEY e THELEN, 2009, p. 8)

irrelevante ou lei não aplicável (isto é, incorreta) para embasar entendimento de decisão judicial.(tradução nossa)¹⁴

Aparentemente atento ao cenário, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da PET 7.065, em decisão da lavra do Ministro Celso de Mello, afirmou que em situações como tais estão presentes: “de um lado, direitos fundamentais do agente colaborador, de outro lado, os limites materiais daquilo que foi objeto de uma pactuação negocial, quer o acordo de colaboração premiada, quer no acordo de leniência” (BRASIL, 2018), por isso a preocupação anteriormente aventada no sentido de que os direitos daquele que opta pela celebração do acordo devem ser preservados.

E, ao autorizar pedido de compartilhamento de provas, o Supremo Tribunal Federal foi enfático ao determinar a preservação dos direitos do colaborador que, como cediço, não pode ser prejudicado pelo próprio acordo, sob de violação de seus direitos constitucionais.¹⁵

Pode-se afirmar que há um limite material para a utilização dos elementos de prova compartilhados, qual seja, a adesão ao órgão de controle requerente aos termos do acordo que se pretende utilizar. Tal adesão, por certo, acarretará também em benefícios ao colaborador junto ao órgão aderente, nos moldes do que restar convencionado entre as partes.

Caso não haja tal adesão e os elementos compartilhados sejam utilizados fora dos limites do acordo pelo órgão de controle pode seu agente ser apenado em razão do cometimento de falta funcional, nos moldes da Lei que disciplina a carreira do servidor que cometer a falta.

14 “The most frequent judicial abuses appear to be mishandling of evidence, allegations of torture that were not investigated, and contradictions in the value or weight attached by the judge and/or prosecutor to the evidentiary material that represented a conflict between the prevailing domestic doctrines and jurisprudence. [...] Other abuses included unjustified procedural delays; contradictory uses of the jurisprudential criteria within the same case types sampled within the same criminal court, and the use of irrelevant jurisprudence or unrelated (that is, incorrect) laws to support judicial rulings.” (BUSCAGLIA, 2011, p. 463)

15 “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 a 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.” (BRASIL, 2018).

Tome-se como exemplo o disposto no artigo 26, §1º da Lei n.º 8.625/1993, que dispõe que os membros do Parquet são responsáveis “pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo”.

Assim, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou de forma assertiva acerca do compartilhamento de provas em ajustes sancionatórios, casos em que, ao fim, não foi obstaculizado o compartilhamento dos elementos de prova. Houve, no entanto, reforço do poder normativo do ajustado quanto às consequências jurídicas passíveis de atingir o colaborador. Isto sob o fundamento de que há risco à efetividade do acordo quando os elementos de prova trazidos pelo colaborador são transportados a outras instâncias de controle e investigação ausentes do ajuste. É o caso evidente de procedimento administrativo investigatório civil que tem por objeto fatos alheios a acordo de leniência levado a efeito pelo colaborador e órgão público legitimado. De modo que não podem ser impedidos de figurarem em tal procedimento toda e qualquer evidência produzida pelo colaborador, mas está absolutamente impedido que este conjunto probatório gere eventual prejuízo novo ao colaborador e todos aqueles que a ele aderiram.

Desse modo, não pode ter provimento pleito jurídico para obstar o compartilhamento de elementos de prova produzidas seja em acordo de leniência, seja em acordo de colaboração. Ocorre que existe a possibilidade de que o ajuste sancionatório disponha, ele próprio, cláusulas limitativas ao compartilhamento de provas, o que estaria de acordo com as finalidades do acordo, em especial para manutenção de segurança jurídica para o aderente¹⁶. No entanto, os fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal estão no sentido de que nem o aderente ou o órgão público legitimado podem suprimir a publicidade e transferência dos elementos de prova ali produzidos, mas decorre do ajuste a salvaguarda dos colaboradores para que não sejam atingidos por sanções não previstas no acordo. Isto é, viola o direito à não autoincriminação a utilização desses elementos de forma não prevista no acordo contra aderente, mas a sua ciência e existência em procedimento alheio é possível, podendo fundamentar sanções a sujeitos estranhos ao ajuste original.

16 “O compartilhamento de provas, conforme firmado pela jurisprudência do STF, é cabível e pode ocorrer em relação a elementos produzidos por colaborador, desde que respeitados os termos do acordo de colaboração premiada homologado. Em respeito à segurança jurídica e ao direito de não autoincriminação, os termos do acordo devem ser atendidos” (VASCONCELLOS, 2019)

É por esse fundamento, aliás, que nos casos de negociação infrutífera, ou seja, quando o aderente ou o órgão público legitimado não concorda com as consequências jurídicas estipuladas no acordo, todas as declarações e documentos incluídos ou a serem incluídos no ajuste, referentes aos fatos sob análise não mais poderão ser fundamento de providência jurídica contra os investigados para qualquer finalidade. Razão pela qual eventual futura providência para responsabilização dos não aderentes por rejeição do acordo depende de procedimento investigatório distinto, vez que o conjunto de elementos de prova produzidos pelo colaborador estão impedidos de serem utilizados. Assim, inquérito distinto do originário ao ajuste, civil ou penal, que contém terceiros como investigados pode receber os elementos de prova produzidos em acordo sancionatório produzido anteriormente.

Estabeleceu-se, assim, jurisprudência no sentido de que inexistente destinatário final e exclusivo dos fatos esclarecidos em ajuste sancionatório, e conseqüentemente o órgão de controle que entabulou o ajuste com os aderentes não é proprietário daqueles elementos que obteve por meio de colaboração, razão pela qual não pode obstaculizar o acesso a eles por quaisquer outros órgãos de investigação ou controle. Fato esse que não põe em cheque a adesão, os termos negociados e o limite subjetivo da utilização dos elementos de prova ali produzidos, pois a legitimação do compartilhamento reside na persecução de terceiros não abrangidos pelo ajuste e não poderia ser diferente porque o sujeito que é parte como aderente de ajuste sancionatório já tem as consequências jurídicas daqueles fatos mapeadas pelo próprio ajuste.

Questão diversa e merecedora de análise futura pelo Supremo Tribunal Federal é a fragmentação fiscalizatória, que pode viabilizar o uso de prova produzida pelo colaborador em processo distinto, contra ele, nos casos em que o órgão público legitimado a ajustar sanções não detinha atribuição legal para determinada matéria, como eventual ajuste feito em seara penal federal diante de ilicitude fiscal local. Portanto, as limitações ao compartilhamento de elementos de prova se dão no aspecto teleológico e não no procedimental, não havendo que se falar em recorte ou amputação documental para que haja o transporte dos anexos, declarações e documentos ofertados pelo aderente. Todo o material será disponibilizado ao órgão solicitante, o qual estará impedido de se valer destes elementos para promover responsabilização nova, estranha ao já ajustado, do colaborador ou aderente, porque o ajuste homologado e cumprido é requisito para manutenção de estado de direito nesta nova forma de obtenção de provas.

CONCLUSÃO

A celebração de acordos de colaboração com os distintos órgãos de controle tem por objetivo, por quem cometeu o ilícito, minorar as sanções a serem aplicadas e preservar sua imagem e, se o caso, a continuidade do empreendimento comercial e, pelo órgão controlador, obter elementos de prova que muitas vezes seriam de difícil obtenção e, ao mesmo tempo, fazer a rápida recuperação do patrimônio público desviado e prevenir a prática de novos ilícitos.

Nessa linha, celebrados acordos de colaboração e atendidos os requisitos próprios das leis específicas para tanto, os elementos de prova obtidos por meio deles podem ser compartilhados com outros órgãos de controle.

Não se pode perder de vista, contudo, que a questão jurídica do compartilhamento de evidências está inserida em um cenário nacional de enfrentamento à corrupção, enfrentamento esse que possui carga moral perigosa à objetividade que o debate requer, o que pode ser a causa da crítica doutrinária às instituições que disputam protagonismo. Isto não significa uma mera contenda sobre alocação de recursos ou monopólio da atribuição anticorrupção no país.

Tal assistemática está evidenciada pelo número de órgão diretamente envolvidos na possibilidade de realizar ajustes sancionatórios, quais sejam o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – MTCGU, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Banco Central – BACEN, Comissão de Valores Mobiliários – CVM, além do próprio Ministério Público¹⁷, em quaisquer de suas figuras dentro dos entes federativos.

Isto ocorre porque a situação jurídica do colaborador tem estatura naturalmente distinta da contraparte negocial ou contrapartes negociais. Essas, dotadas de autonomia em seus sistemas de responsabilização, que

17 Importante destacar a existência do Acordo de Cooperação Técnica – ACT a ser adotado em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013 celebrado em 6 de agosto de 2020, sob a coordenação do Supremo Tribunal Federal, pela Controladoria Geral da União-CGU, Advocacia Geral da União – AGU, Tribunal de Contas da União – TCU e Ministério de Justiça e Segurança Pública, estando pendente de assinatura, após validação pela 5ª Câmara de Coordenação do Ministério Público Federal, pelo Parquet Federal, quando da elaboração do presente artigo. Extrai-se como um dos princípios do mencionado acordo as “restrições ao compartilhamento de prova com outros órgãos sem a garantia de não utilização em face do colaborador que as apresentou”.

produzirão necessariamente uma heterogeneidade jurídica. Debate no qual se insere o tema do “balcão único” que seria capaz de traduzir a complexidade dos âmbitos de responsabilização em um microsistema bem definido, o qual trataria necessariamente o compartilhamento de provas.

Razão pela qual há doutrina que identifica a violação de direitos fundamentais com referidos esforços anticorrupção, caso em que a malversação de indícios, alegação de tortura, parcialidade, transplante inadequado de doutrina estrangeira e até mesmo o casuísmo jurisprudencial e deliberada aplicação de normas não relacionadas aos casos são apontadas como práticas incidentes nos processos em que se maneja instrumentos de combate à corrupção. De modo que o compartilhamento de provas deve ser manejado levando em conta todas as circunstâncias relacionadas.

Nesse sentido é que tal compartilhamento possui um elemento material que o limita, qual seja, a preservação dos direitos do colaborador e impossibilidade de sua esfera de responsabilização ser ampliada, majorada ou de qualquer modo agravada pelo órgão que receba os elementos compartilhados. Com efeito, a utilização dos elementos obtidos deve-se dar nos estritos limites do acordo celebrado, sendo certo que sua utilização por órgão que não aderiu ao acordo e que venha a agravar a situação jurídica do colaborador não pode ser admitida.

Portanto, não só a segurança jurídica do aderente à colaboração está em jogo, mas também garantias fundamentais daqueles a serem atingidos juridicamente pelas suas declarações. Isto porque o delator produz indícios passíveis de sustentarem autoincriminação apenas porque garantido por ajuste legal os benefícios do acordo no caso de colaboração efetiva.

Assim, órgãos de controle poderão acessar os indícios ainda que não tenham participado do ajuste sancionatório entabulado pelo colaborador, no entanto, nenhum desses indícios pode se converter em prova contra aquele colaborador; ou seja, o acordo homologado será o itinerário necessário e suficiente da responsabilização do colaborador. Razão pela qual as decisões do Supremo Tribunal Federal se orientam pela possibilidade de reutilização dos indícios produzidos pelo colaborador, mas desde que seja executado integralmente o ajuste sancionatório, que não se resume aos seus termos, mas todas as normas de direito cogente do ordenamento correlatas, em especial a não autoincriminação.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição nº 7.065, Relator Ministro Celso de Mello, *Diário da Justiça Eletrônico de 30.10.2018*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4.420 Agravo Regimental, Relator Ministro. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça Eletrônico de 6.12.2018*.

BUSCAGLIA, Edgardo. On best and not so good practices for addressing high level corruption worldwide: an empirical assessment, In: *Internacional Handbook of Economics of Corruption*, Volume 2, Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.

BRASIL. *Ministério Público Federal*. Nota Técnica Conjunta 01/2018. 1ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Cooperação do Ministério Público Federal. Expedida em 11 de abril de 2018.

CALLEGARI, André Luis e LINHARES, Raul Marques. *Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2019.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*, 2015.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração Premiada*. Belo Horizonte. Del Rey, 2017.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Limites ao compartilhamento de provas no processo penal*, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122/2016, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. Salvador: JusPodivm

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2020.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo e FREITAS, Rafael Veras. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2019.

MAHONEY, James; THELEN, Kathleen Ann (Orgs.), *Explaining institutional change: ambiguity, agency, and power*, Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica 01/2017*. 5ª Câmara de Coordenação e Cooperação do Ministério Público Federal. Expedida em 20 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nota-tecnica-conjunta-no-1-2017-indulto.pdf>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento; aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna; TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *A Leniência Anticorrupção: Primeiras Aplicações, Suas Dificuldades e Alguns Horizontes para o Instituto*, in: Colaboração Premiada, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 55.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Compartilhamento de provas na colaboração premiada: limites à persecução penal baseada nos elementos de autoincriminação produzidas pelo delator*. Porto Alegre: RDU, volume 15, n. 87, 2019.