

MECANISMOS DE CONTROLE DA CORRUPÇÃO NO BRASIL¹

CONTROL MEASURES AGAINST CORRUPTION IN BRAZIL

ODONE SANGUINÉ

Professor Associado da Faculdade de Direito – UFRGS – Brasil
Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do RS.
Advogado

Resumo: Este artigo tem como objetivo fornecer um breve esboço do funcionamento e do atual estado das ferramentas jurídicas disponíveis às políticas de controle da corrupção no Brasil. Inicialmente é feita uma breve exposição da regulação dos crimes de corrupção no Código Penal. A seguir, se descreve os aspectos essenciais da lei anticorrupção brasileira, desvelando os traços que caracterizam os sistemas de responsabilidade administrativa e de responsabilidade judicial civil, a função e os efeitos dos programas de integridade (*compliance programs*), bem como os lineamentos do acordo de leniência. Ademais, se faz uma análise um pouco mais detalhada do acordo de colaboração (delação) premiada, pelos efeitos alcançados na operação “Lava Jato”, examinando suas modalidades, requisitos, condições e efeitos, e o papel dos distintos sujeitos intervenientes (Ministério Público, Advogado de Defesa, Juiz), com ênfase para a relevância do controle jurisdicional, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, mencionando ainda as principais modificações da denominada Lei Anticrime (Lei n. 13.964, de 24/12/2019). Nas considerações finais se alude à eficácia destes mecanismos de controle.

Palavras-chave: corrupção; mecanismos de controle; Brasil

Abstract: This article aims to provide a brief outline of the functioning and current state of the legal tools available to corruption control policies in Brazil. Initially, a brief presentation of the regulation of corruption crimes in the Penal Code is made. The following describes the essential aspects of the Brazilian anti-corruption law, unveiling the features that characterize the systems of administrative responsibility and civil judicial responsibility, the function and effects of compliance programs, as well as the lines of the leniency agreement. Moreover, a slightly more detailed analysis of the award-winning collaboration agreement (denunciation) is made, by the effects achieved in operation "Lava Jato", examined its modalities, requirements, conditions and effects, and the role of the different intervening subjects (Public Prosecutor, Defense Lawyer, Judge), with emphasis on the relevance of judicial control, notably by the Supreme Court, also mentioning the main modifications of the so-called Anticrime Law (Law No. 13,964, of 12/24/2019). In the final considerations, the effectiveness of these control mechanisms is alluded to.

¹ Texto elaborado para exposição nas mesas redondas realizadas no XVI Corso Internazionale di Formazione in Diritto Penale, Università Degli Studi di Salerno, Dipartimento di Scienze Giuridiche, no dia 12/10/2019, e no XXIX Congreso Científico Nacional en Homenaje a la Dra. Carmen Miró, Universidad de Panamá, no dia 30/09/2019, atualizado conforme as alterações da “Lei Anticrime” (Lei n. 13.964, de 24/12/2019).

Keywords: corruption, legal tools, Brazil

Sumário: 1. A regulação dos crimes de corrupção no Código Penal 2. A lei anticorrupção brasileira 2.1. Sistemas de responsabilidade 2.1.1. A responsabilidade administrativa 2.1.2. A responsabilidade judicial civil 2.2. Os programas de integridade (*compliance programs*) 3. O acordo de leniência 3.1. Requisitos 3.2. Efeitos 4. O acordo de colaboração premiada 4.1. Modalidades 4.2. Requisitos, condições e efeitos 4.3. O papel do Ministério Público 4.4. O papel do advogado de defesa 4.5. O papel do juiz 4.5.1. O controle jurisdiccional 5. Considerações finais.

1. A Regulação dos Crimes de Corrupção no Código Penal

O legislador brasileiro descreveu os crimes de corrupção em dois tipos autônomos: por um lado, tipificou o crime de corrupção passiva (art. 317 do CP) no "Título XI, capítulo I, que trata dos "crimes praticados por funcionários públicos contra a administração geral". Por outro lado, o crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) no "Capítulo II, dos "crimes praticados por particular contra a administração em geral".

É necessário salientar que, embora o CP brasileiro tenha acolhido, como regra, a teoria monista, prevê, em relação a determinados crimes, exceções em favor da teoria pluralista, tal como ocorre precisamente em relação aos crimes de corrupção. Então, para um único fato de corrupção, se o funcionário público "recebe", para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem indevida, ou aceita promessa de tal vantagem, tem-se aí um crime de intervenção necessária (bilateral ou de encontro) de várias pessoas no qual cada sujeito ativo responde por crime distinto: o *funcionário corrupto (intraneus)* que recebe a vantagem indevida responde como autor do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), enquanto o *sujeito particular (extraneus) corruptor* do funcionário e que lhe oferece ou promete a vantagem indevida, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, responde como autor do crime de corrupção ativa (art. 333 do CP).

Todavia, pode ocorrer que o funcionário recuse a oferta ou promessa indevida, quando somente haverá um crime de corrupção ativa (art. 333 do CP). E se o funcionário público tomar a iniciativa e realizar a conduta típica de "solicitar" para si ou para outrem, direta ou

indiretamente, vantagem indevida – desimportando se o particular aceita ou se recusa a entregar vantagem indevida – somente haverá um crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), pois neste caso: a) a conduta do *intraneus* consistente em “solicitar” vantagem indevida denota que ele já está corrompido; b) ademais, o tipo penal do art. 333 do CP não descreve a conduta de entregar ou dar vantagem indevida a funcionario público².

O Código Penal também prevê a modalidade de crime denominada *corrupção privilegiada* no § 2º do art. 317. Trata-se de um tipo autônomo (*sui generis*) em relação ao tipo básico de corrupção passiva previsto no *caput*, do art. 317 do CP, pois o funcionário público não busca nenhuma vantagem indevida, mas deixa de praticar ou retarda “ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem.

Cabe mencionar, ainda, que a legislação especial também pune outras formas de corrupção (ativa ou passiva) que ocorrem em outros âmbitos específicos, tais como: a) tributário (art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); b) eleitoral (art. 299 da Lei n. 4.737/65 – Código Eleitoral); c) competições desportivas (art. 41-C (Lei nº 12.299/2010)); d) transações comerciais internacionais (art. 337-B do CP)³.

Por último, é necessário salientar que no Brasil ainda não está tipificado o *crime de corrupção entre particulares*. Assim, casos de corrupção no futebol como aqueles ocorridos em 2015, no denominado FIFA-GATE, ficariam impunes. Todavia, o Projeto de Novo Código Penal (PL do Senado nº 236/2012) tipifica o crime de corrupção entre particulares, alinhando-se assim a outros Países da União Europeia (Itália, Espanha, França, Alemanha, e Inglaterra), que já punem tal delito, seguindo as diretrizes do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, da Convenção da ONU sobre o combate à Corrupção, de 2009, bem como do *Bribery Act* de 2010, que incriminam, a nível global, a punição do suborno na esfera privada.

Uma comparação entre os dois tipos básicos de corrupção previstos no CP revela que enquanto o legislador no tipo legal do crime de *corrupção passiva* (art. 333 do CP) descreve expresamente como seu elemento constitutivo “ato de ofício”⁴, por sua vez, o tipo legal do crime de *corrupção ativa* (art. 317 do CP) não exige tal circunstancia elementar na sua estrutura típica.

² GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal esquematizado: Parte Especial – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p.837.

³ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal, op. cit., p.802 e 839.

⁴ Considera-se “ato de ofício” aquele compreendido no âmbito das atribuições funcionais do funcionario público.

O Supremo Tribunal Federal (doravante STF), a partir do julgamento da AP 470-MG, no difundido caso denominado “Mensalão – esquema de pagamento de vantagem indevida a parlamentares para formação de “base aliada” ao governo federal na Câmara dos Deputados – alterou sua jurisprudência e passou a considerar que *o ato de ofício não é elementar do tipo do crime de corrupção passiva* (artigo 317 do CP), mas somente uma causa de aumento da pena (§ 1º art. 317 CP). Portanto, para a consumação deste delito, basta a solicitação ou recebimento de vantagem ilícita em razão da função pública, sendo irrelevante a ulterior prática de atos *ex officio*. Para a aptidão de imputação de corrupção passiva, não é necessária a descrição de um específico ato de ofício, bastando o nexo causal entre a oferta (ou promessa) de vantagem indevida (pagamento de propina) e as atribuições do funcionário público, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais⁵.

2. A lei Anticorrupção Brasileira

A Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846, de 1º/08/2013, doravante LAC) tem como objetivos estruturais controlar os atos de corrupção cometidos por pessoas jurídicas no âmbito do Poder Público, no território brasileiro ou no exterior, estabelecendo sistemas e pressupostos de responsabilidade administrativa e civil, suas respectivas sanções, normas sobre programas de integridade (*compliance programs*) e sobre o acordo de leniência.

A LAC é aplicável a um amplo rol de pessoas jurídicas: sociedades empresárias ou simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, fundações, associações de entidades ou pessoas, sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (parágrafo único do art. 1º LAC).

2.1. Sistemas de responsabilidade

⁵AP 470, MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 17/12/2012, acórdão eletrônico DJe-074 DIVULG 19-04-2013; AP 694, MT, rel. Min. Rosa Weber, 1a. T., j. 02/05/2017; AO 2057, RN, rel. Min. Luiz Fux, 1a. T., j. 02/10/2018; Inq 4506, DF, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, 1a. T., j. 17/04/2018.

O sistema de responsabilidade é cumulativo: a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º. da LAC).

A lei anticorrupção prevê duas modalidades de responsabilidade da pessoa jurídica a que correspondem dois tipos de processos para apuração de seus atos lesivos e aplicação de sanções que se complementam.

2.1.1. A responsabilidade administrativa

Em primeiro lugar, a lei estabelece um processo administrativo com sanções punitivas por atividades corruptivas lesivas ao Estado (art. 5º. da LAC), cuja finalidade é a proteção do bem jurídico representado pelo dano aos princípios da administração pública: a moralidade e probidade do Estado (artigos 6º., 7º. e 8º. LAC).

A competência para a instauração e para o julgamento do Processo Administrativo de Responsabilização – PAR da pessoa jurídica cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou seja, é da autoridade máxima da entidade em face da qual foi praticado o ato lesivo, ou, em caso de órgão da administração direta, do seu Ministro de Estado (art. 8º. LAC e art. 3º. do Decreto n. 8420/2015).

A responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas é objetiva, independentemente da comprovação de responsabilidade subjetiva em relação à atividade corruptiva da pessoa jurídica ou de pessoa física⁶. É suficiente a comprovação do ato lesivo corruptivo da empresa e do nexo de causalidade entre o ato e o resultado lesivo à administração pública, mesmo que não seja possível a identificação da pessoa física. A empresa assume objetivamente a responsabilidade administrativa e seus efeitos civis (ressarcimento) por seu déficit de capacidade organizativa no cumprimento da legislação.

O art. 5º. LAC define uma série detalhada de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, praticados pelas pessoas jurídicas que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

⁶ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara e ANACLETO ABDUCH SANTOS, José. In VV. AA. Comentários à Lei 12.846/2013 – 2ª. ed.: São Paulo: RT, 2015, p. 89 e 206.

O processo administrativo tem caráter punitivo exigindo, portanto, a observância de inúmeras garantias penais e processuais: a) tipicidade e proibição de analogia em relação aos atos lesivos previstos no rol do art. 5º LAC; b) contraditório e ampla defesa (art. 8º., in fine, LAC); c) direito à produção de prova; d) standard probatório que exija a superação de qualquer dúvida razoável; e) individualização das penalidades conforme aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade e imparcialidade; f) direito de recurso ao Poder Judiciário contra a decisão de mérito; g) princípio da jurisdicionalidade (reserva de jurisdição) das medidas acautelatórias probatórias: a autoridade administrativa não tem poderes para realizar diretamente medidas acautelatórias de natureza probatória necessárias à investigação e processamento das infrações, de sorte que a comissão processante deve solicitar ao Juiz a busca e apreensão de documentos que se encontram em poder da pessoa jurídica ou a indisponibilidade de bens, direitos ou valores da pessoa jurídica para ressarcimento civil aos cofres públicos (§ 1º. do art. 10 LAC)⁷.

A responsabilidade administrativa punitiva das pessoas jurídicas por atos ilícitos lesivos de corrupção depende da demonstração de três requisitos: a) conduta proativa da pessoa jurídica na realização de delitos corruptivos, mesmo que estes tenham sido praticados por terceiros que não integrem seus quadros; b) concordância ou receptividade com a prática de ilícitos de corrupção, ainda que extorquidos por agentes públicos, não cabendo alegar coação moral irresistível; c) praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, direto ou indireto, procurado (ainda que frustrado) ou obtido, para si ou para outra pessoa jurídica, em face do Poder Público (art. 2º. LAC)⁸.

O art. 3º. LAC estabelece a responsabilidade direta e isolada da pessoa jurídica, inteiramente desvinculada daquela dos seus administradores (pessoas físicas) e terceiros quanto aos efeitos penais, administrativos-sancionadores e civis no que concerne aos atos lesivos de corrupção. Não se aplica ao agente público corrupto a lei anticorrupção, mas a responsabilidade prevista nas demais leis penais especiais. Destarte, somente a pessoa jurídica é o sujeito ativo do delito corruptivo e não os seus dirigentes, gestores e funcionários ou terceiros. As pessoas físicas respondem na esfera penal e civil, por iniciativa do MP ou de qualquer interessado legítimo, e não no âmbito do processo administrativo. Portanto, a LAC

⁷ Vide: CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.355-357.

⁸ CARVALHOSA, Modesto. Considerações..., op.cit..., p.52-54.

não exige a dupla imputação⁹, requisito também afastado pela jurisprudência do STF em relação aos crimes ambientais¹⁰.

As pessoas jurídicas condenadas no processo administrativo estão sujeitas a duas sanções punitivas: a) multa e b) publicação da sentença condenatória.

A multa punitiva administrativa (inciso I do art. 6º. LAC) é a principal sanção prevista para a pessoa jurídica. O quantum da multa não tem relação direta com o dano produzido ao Estado pela atividade corruptiva, mas sim tem como base o critério de percentual de 0,1 a 20% do valor obtido sobre o faturamento bruto do último exercício que seja imediatamente anterior à instauração do processo administrativo. Este critério pode ser substituído por outro consistente em valor monetário fixado pela autoridade administrativa julgadora (§ 4º. LAC). O ressarcimento civil ocorrerá em subsequente processo judicial mediante ajuizamento de ação civil pública.

O art. 7º. LAC fixa outros critérios complementares na aplicação das sanções que funcionam como fatores atenuantes da pena, tais como, a gravidade da infração; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, entre outros.

2.1.2. A responsabilidade judicial civil

Em segundo lugar, a LAC prevê a responsabilidade civil judicial da pessoa jurídica como efeito necessário da punição administrativa. Nenhuma questão concernente à punição administrativa poderá ser rediscutida no âmbito da ação civil pública. A condenação da pessoa jurídica no processo administrativo punitivo produz o efeito de sua responsabilização judicial na esfera civil para ressarcimento (indenização) pelos prejuízos à sua imagem tutelar do bem público por meio de ação civil pública. Os danos morais causados ao Estado consistem na quebra da moralidade administrativa Estatal. O Estado é atingido em sua honra objetiva, além do dano material patrimonial causado aos cofres públicos¹¹. Basta a condenação administrativa

⁹ Vide: CARVALHOSA, Modesto. Considerações..., *op.cit.*, p.65 e ss. e 186 e ss.

¹⁰ RE 548181/PR, 1ª. T., STF, rel. Min. Rosa Weber, j. 06/08/2013.

¹¹ CARVALHOSA, Modesto. Considerações..., *op.cit.*, p.394 e ss. e 406 e ss.

pela conduta corruptiva para gerar, no âmbito da ação civil pública, a imposição de responsabilidade civil para reparação dos danos, e das demais sanções civis previstas no art. 19 LAC: a) perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indireto da atividade corruptiva; b) a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; c) a dissolução compulsória da pessoa jurídica; d) a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 e máximo de 5 anos.

A responsabilidade civil objeto da ação civil pública é objetiva pelo risco criado e possui natureza extracontratual, por infringir o dever de conduta não corruptiva em face do Poder Público, podendo ser: a) direta ou por ato próprio; b) indireta ou por fato de terceiro.

A responsabilidade direta ou por ato próprio decorre da imputação de conduta da pessoa física integrante de seus (i) órgãos internos: em geral designados por seus estatutos ou contratos, respondendo, neste caso, diretamente por ato e vontade próprias da pessoa jurídica, ou de seus (ii) representantes: pessoas não integrantes de algum órgão da pessoa jurídica, mas que estão encarregados de cumprir as ordens dos órgãos de decisão e as resoluções dos órgãos deliberativos. Elas podem ser pessoas físicas com vínculo de emprego ou pessoas estranhas ao conjunto orgânico da pessoa jurídica, porém com poderes de representação. Neste caso, os atos praticados pelos representantes equivalem a atos próprios da pessoa jurídica (responsabilidade por ato próprio).

Em caso negativo, ou seja, sem poderes de representação, a responsabilidade será indireta ou por fato de terceiro (subjativa), que depende da demonstração de dolo/culpa do empregado ou preposto. Haverá responsabilidade objetiva por fato de terceiro entre sociedades controladoras, coligadas e consorciadas (art. 4º., parágrafo 2º. LAC)¹².

A dimensão dos danos civis sofridos pelo Poder Público decorrentes do delito de corrupção será apurada no procedimento administrativo instrutório (art. 13 LAC) e possuem natureza diversa da vantagem ou benefício pretendido ou alcançado pela pessoa jurídica com a atividade corruptiva.

¹² COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. In VV. AA. Comentários à Lei 12.846/2013 – 2a. ed.: São Paulo: RT, 2015, p.62 e 88 e ss.; CARVALHOSA, Modesto. Considerações..., op.cit., p.394 e ss. e 405 e ss.

O juiz ao fixar a reparação moral deve levar em conta a magnitude do dano causado à imagem do Estado conforme sua repercussão (Município, Estado-Membro ou União), dimensão (envolvimento de agentes políticos, administrativos e judiciários de maior hierarquia) e efeito de duração na coletividade e opinião pública.

A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável (art. 27 da LAC).

Se houver omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa, o MP pode agir como substituto processual no próprio processo penal administrativo aplicando as sanções previstas no art. 6º. LAC, sem prejuízo das sanções civis previstas no art. 19 da LAC¹³.

O art. 4º. LAC prevê a transmissão de responsabilidade entre pessoas jurídicas envolvidas em operações de transformação, incorporação, fusão ou cisão. O § 1º. do art. 4º LAC estabelece limitações à responsabilidade do sucessor até o limite do patrimônio transferido; a inaplicabilidade das demais sanções por atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados, hipóteses nas quais a responsabilidade não é objetiva, mas depende de comprovação de culpa.

A responsabilidade solidária das sociedades controladoras, coligadas ou consorciadas – no âmbito do respectivo contrato – está restrita ao pagamento de multa e reparação integral do dano causado (§ 2º. do art. 4º. da LAC).

2.2. Os programas de integridade (compliance programs)

A existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade (‘compliance programs’) (art. 7º., inciso VIII e seu parágrafo único, art. 16 LAC, e art. 41 do Decreto nº 8.420/2015), auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, serão levados em conta para

¹³ CARVALHOSA, Modesto. Considerações..., op.cit., p.418. Alguns autores sustentam que caso a autoridade administrativa se omita e não instaure o procedimento administrativo, o MP poderá, na ação civil pública, postular o ressarcimento dos danos causados à Administração como a aplicação das sanções administrativas do art. 6º. LAC (BITTENCOURT, Sidney. Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846 - 2a. ed. - São Paulo: RT, 2015, p.170).

atenuar as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas. O programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo uma série de parâmetros previstos no art. 42 do Decreto n.8.420, de 18/03/2015).

3. O Acordo de Leniência

O acordo de leniência consiste no pacto de colaboração, celebrado entre a autoridade administrativa processante e a pessoa jurídica imputada que haja colaborado efetivamente com as investigações e o processo administrativo, por meio do qual se estabelece a promessa de isenção da pessoa jurídica de submeter-se às sanções de publicação da condenação (inciso II do art. 6º.) e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 e máximo de 5 anos (inciso IV do art. 19), e de redução em até 2/3 do valor da multa aplicável (§ 2º. do art. 16 LAC). Contudo, o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado (§ 3º. do art. 16 LAC)¹⁴.

A Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão que tem competência exclusiva no Poder Executivo Federal para celebrar acordos de leniência com empresas investigadas por atos lesivos praticados contra a Administração Pública, nos termos do (§ 10 do artigo 16 LAC e Portaria Conjunta n° 4, de 09/08/2019 da CGU e Advocacia-Geral da União, de 01/08/2013.

O MP Federal não tem competência para celebrar acordos de leniência com as empresas, uma vez que não tem legitimidade para dispor de verbas públicas. O acordo eventualmente firmado pelo MPF somente entrará em vigência se a CGU o ratificar¹⁵.

3.1. Requisitos

¹⁴ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.370-372.

¹⁵ TRF4, 3a. T., AI n. 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, rel. Des. Vânia Hack de Almeida, j. 22/08/2017.

O acordo de leniência poderá ser celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos de corrupção, desde que elas colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: a) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; b) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Ademais, o acordo de leniência somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; b) cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; c) admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (art. 16 caput e § 1º LAC); d) compense os danos financeiros e se comprometa a implementar ou melhorar os programas de integridade (compliance programs).

3.2. Efeitos

A celebração do acordo de leniência na LAC: a) isentará a pessoa jurídica das sanções de publicação extraordinária da decisão condenatória e de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 e máximo de 5 anos; b) reduzirá em até 2/3 o valor da multa aplicável (2º do art. 16 LAC). Todavia, o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado (§ 3º do art. 16 LAC).

Por outro lado, os acordos de leniência serão considerados como atenuantes das penas de multa e de publicação da condenação (inciso VII do art. 7º LAC).

4. O Acordo de Colaboração Premiada

Há décadas a legislação brasileira admite a concessão a pessoas físicas imputadas em processos criminais de determinados benefícios penais como prêmio por sua atuação colaboradora com as autoridades policiais ou judiciárias em prejuízo de terceiros, em regra, sob a forma de “delação” com elas pactuadas¹⁶.

A “delação” ou “colaboração premiada” está prevista no Código Penal, em relação ao crime de extorsão mediante sequestro (§ 4º do art. 159 do CP), e também em diversas leis especiais que tratam da criminalidade econômica-financeira e tributária: § 2º do art. 25 da Lei n. 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional); § 5º do art. 1º da Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro); art. 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo); art. 41 da Lei nº 11.343/06 (Lei de prevenção e repressão às drogas); art. 13 e 14 da Lei n. 9.807/99 (proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas).

A recente “Lei Anticrime” (Lei n. 13.964/2019, incluiu no Código de Processo Penal (art. 28-A) novo mecanismo de justiça penal negociada, o denominado “acordo de não persecução penal” – também aplicável aos crimes de corrupção quando praticados fora do contexto das organizações criminosas. Este acordo pode ser proposto e formalizado por escrito e firmado pelo MP, pelo investigado e por seu defensor, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, se o investigado confessar formal e circunstancialmente a prática de crime ou contravenção penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: a) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal; d) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do CP, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou e) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

¹⁶ GOMES CANOTILHO, J. J./BRANDÃO, Nuno. Colaboração Premiada..., op.cit., p.21.

Para a homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade – por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor – e sua legalidade (§ 3º e 4º. art. 28-A CPP). Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação (§ 5º. e 7º art. 28-A CPP). Cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade (§ 13 art. 28-A CPP).

Neste artigo somente abordaremos os principais aspectos do acordo de “colaboração premiada” prevista no art. 3º-A, da Lei n.12.850/2013 (doravante LOC), que regula a investigação nos crimes cometidos por organizações criminosas.

A “colaboração premiada” prevista na LOC é a proposta do Estado ao imputado pessoa física da concessão de determinadas vantagens penais ou processuais penais consistente na impunidade ou atenuação da responsabilidade penal em troca de meios de prova úteis para a investigação e revelação de fatos e pessoas relacionados com a organização criminosa a que pertence¹⁷.

4.1. Modalidades

A LOC prevê duas modalidades de acordo de colaboração premiada: a) pré-sentença, que pode ser firmado no momento antecedente ao oferecimento da peça acusatória, e b) pós-sentença, posteriormente até o momento da prolação da sentença (art. 4º. §§ 1º. a 4º. LOC)

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 (§ 5º do art. 4º. LOC).

4.2. Requisitos, condições e efeitos

¹⁷ GOMES CANOTILHO, J. J./BRANDÃO, Nuno. Colaboração Premiada..., op.cit., p.23.

O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: a) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; b) as condições da proposta do MP ou do delegado de polícia; c) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; d) as assinaturas do representante do MP ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; e) a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário (art. 6º. LOC).

No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados (art. 3º-C. § 3º LOC).

A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público (art. 3º-C LOC).

O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações (art. 3º-C. § 13 LOC).

O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto e será dirigido diretamente ao Juiz, que decidirá no prazo de 48 horas (art. 7º, caput e § 1º da LOC).

Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa (§ 2º do art. 3º- B LOC).

O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial (art. 3º-B, “caput”, LOC).

O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime (§ 3º do art. 7º LOC).

O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao MP e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito

de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento (§ 2º do art. 7º LOC). Portanto, o defensor do acusado não tem acesso irrestrito a todas as declarações prestadas, mas somente aos elementos de prova resultantes da colaboração premiada que lhe dizem respeito ao exercício do seu direito de defesa. A jurisprudência do STF, com base no enunciado 14 de sua Súmula vinculante, vem assegurando que o delatado por corréu, em termo de colaboração premiada, tem o direito de acesso a todos os elementos de prova já documentados nos autos dos acordos de colaboração, incluídas as gravações audiovisuais dos atos de colaboração de corréus, com o escopo de confrontá-los, e não para impugnar os termos dos acordos propriamente ditos, desde que estejam presentes dois requisitos: a) o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente; b) o ato de colaboração não deve referir-se à diligência em andamento¹⁸.

Ademais, o STF vem decidindo que o delatado não possui legitimidade para impugnar o acordo de colaboração premiada. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). É que seu interesse se restringe aos elementos de prova obtidos a partir dos acordos de colaboração premiada, e eventual ação penal seria o foro próprio para esta impugnação. Entretanto, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados – no exercício do contraditório – poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor¹⁹.

O acordo de colaboração premiada tem a natureza jurídica de um negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos (art. 3º-A LOC)²⁰. Assim, a colaboração ou delação premiada possui natureza mista com efeito

¹⁸ Rcl 21.258 AgR (Rcl 30742 AgR/SP, 2ª. T., STF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 04/2/2020; vide, também, as PET 6.601 e 7.356, 2ª. T., STF, rel. Min. Edson Facchin, julgamento ainda não concluído em face de pedido de vista da Min. Carmen Lúcia.

¹⁹ HC 127483/PR, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015; Inq 4405 AgR, DF, rel. Min. Roberto Barroso, 1ª. T., STF, j. 27/02/2018; PET 7.226, rel. Min. Luiz Fux, j. 27/11/2017.

²⁰ O STF já havia assim decidido antes mesmo dessa recente alteração legislativa: HC 127483/ PR, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015.

dúplice: (i) processual: na sua forma e no seu conteúdo tem natureza de a) meio de obtenção de provas incriminatórias – e não meio de prova – tanto do próprio colaborador como precipuamente de terceiros; b) implica no não oferecimento de denúncia; (ii) material: produz efeitos materiais de sanção premial²¹.

A colaboração (delação) premiada pode beneficiar o colaborador com quatro (04) benefícios (os três primeiros de caráter penal e o último processual penal) que o juiz poderá, a requerimento das partes, aplicar de modo alternativo (e não cumulativo): a) conceder o perdão judicial; b) reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade; c) substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal; d) não oferecimento de denúncia pelo MP, se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: (i) não for o líder da organização criminosa; (ii) for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo (§ 4º do art. 4º LOC).

O acordo de colaboração pode dispor sobre o confisco de bens (como efeito extrapenal de natureza patrimonial da condenação) adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, tendo em vista a existência de previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime²².

Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (§ 1º do art. 4º LOC). Todavia, a personalidade do colaborador ou a confiança por ele inspirada não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração, mas tão somente um vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença²³.

A concessão judicial dos benefícios premiais estará sempre condicionada à eficácia da colaboração. Uma vez realizado o acordo de colaboração premiada, o juiz analisará, no

²¹ GOMES CANOTILHO, J. J./BRANDÃO, Nuno. Colaboração Premiada..., op.cit., p.23; SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. Salvador: Jus Podium editora, 2016, p.86-87; HC 127483/ PR, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015.

²² HC 127483/ PR, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015.

²³ HC 127483/ PR, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015.

momento da homologação, a adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos legalmente exigidos (inciso III do § 7º do art. 4º. LOC). O juiz examinará se o colaborador cumpriu todas as obrigações pactuadas e se um ou mais resultados legalmente exigidos nos incisos I a V do art. 4º. LOC foram alcançados, a saber: a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

O descumprimento que se restringe a anterior acordo de colaboração, não impede, a priori, a celebração de futuros acordos de mesma natureza²⁴.

4.3. O papel do Ministério Público

Em relação aos sujeitos intervenientes, o Ministério Público (doravante MP), como “dominus Litis” da ação penal pública, nos termos do art. 129, inciso I, da CF, assume a função de protagonista do acordo de delação ou colaboração premiada.

No âmbito das hipóteses de colaboração premiada, o legislador mitigou ou flexibilizou vários princípios tradicionais no processo penal: a) o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (art. 24 do CPP); b) da indivisibilidade da ação penal pública, porquanto, não obstante a justa causa para o desencadeamento da ação penal, não oferece denúncia (promove o arquivamento por falta de interesse de agir) contra o delator; c) o princípio da legalidade processual em favor do princípio da oportunidade regrada²⁵.

A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado (§ 1º do art. 3º- B LOC).

Ademais, o STF considerou inadmissível que o Poder Judiciário obrigue ao MP formalizar um acordo de colaboração premiada, apesar da atividade de colaboração voluntária do delator, se os elementos de corroboração apresentados não se revestem da consistência

²⁴ HC 127483/ PR, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015.

²⁵ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada, op.cit., p.150-153; VALDEZ PEREIRA, Frederico. Delação Premiada. Legitimidade e Procedimento. 3a. ed., Curitiba: Juruá editora, 2016, p.143.

necessária à elucidação do que relatado, nem são conclusivos quanto à certificação das irregularidades apontadas. Essa motivada valoração do MP, sob o ponto de vista negocial, não se submete ao crivo do Poder Judiciário, sob pena de se afetar, diretamente, a própria formação da independente convicção ministerial. Por isso, com fundamento no princípio acusatório e na discricionariedade regrada, cabe exclusivamente ao MP avaliar a conveniência e a oportunidade de celebração do ato negocial, resguardando-se, todavia, os direitos subjetivos do agente, em caso de não formalização do acordo, à concessão de sanções premiais pelo Estado-juiz no momento da sentença. Essa questão, poderá, contudo, ser submetida a eventual escrutínio no âmbito interno do MP, aplicando-se, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal²⁶.

O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implica, por si só, a suspensão da investigação, ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor (§ 3º do art. 3º-B LOC).

O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público (§ 4º art. 3º- B LOC).

O STF examinou a constitucionalidade dos §§ 2º e 6º do art. 4º LOC e decidiu que o Delegado de Polícia também pode formalizar acordos de delação ou colaboração premiada – o que pressupõe a fase de inquérito policial –, cabendo, no entanto, a manifestação posterior do MP, que deverá se manifestar, sem caráter vinculante, previamente à decisão judicial²⁷.

O legislador assegura expresamente uma série de direitos subjetivos ao colaborador, a saber: a) usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; b) ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; c) ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; d) participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; e) não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; f) cumprir pena ou

²⁶ MS 35693 AgR/DF, 2ª. T., STF, rel. Min. Edson Fachin, j. 28/05/2019.

²⁷ ADI 5508, DF, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2018.

prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados (art. 5º LOC).

4.4. O papel do advogado de defesa

Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor (§ 1º. do art. 3º- C LOC). A assistência de advogado é uma garantia essencial para assegurar que a colaboração do imputado com o órgão acusador seja voluntária e consciente das suas consequências. A ausência de intervenção do advogado do investigado, desde o início das tratativas do acordo, gera nulidade processual absoluta do acordo de colaboração premiada (art. 564, inciso III, c/c art. 572, a contrario sensu, ambos do CPP)²⁸.

Uma vez realizado o acordo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor (§ 7º do art. 3º - C LOC).

O STF já vinha decidindo que os delatados têm direito de apresentar memoriais defensivos escritos após o prazo dos réus delatores (colaboradores), não sendo admissível a fixação de prazo comum aos réus colaboradores e delatados, sob pena de nulidade por ofensa às regras do direito fundamental ao contraditório e da ampla defesa (incisos LIV e LV do art. 5º. da CF), independentemente da existência de previsão expressa de normas infraconstitucionais²⁹. A recente alteração legislativa acolheu expressamente essa garantia: “em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou.” (§ 10 -A do art. 3º - C LOC).

4.5. O papel do juiz

O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor,

²⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração..., op.cit., p.125 e 128.

²⁹ HC 157627 AgR/PR, 2ª. T., STF, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019; HC 166373/PR, STF, Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 25 e 26/09/2019.

com a manifestação do MP, ou, conforme o caso, entre o MP e o investigado ou acusado e seu defensor (§ 6º do art. 4º LOC).

Na etapa inicial, o papel do juiz ou tribunal consiste, fundamentalmente, na homologação e, na etapa posterior, na revisão jurisdiccional do acordo de colaboração premiada, oportunidade em que realizará um controle de regularidade e legalidade do acordo, da voluntariedade da manifestação de vontade do colaborador, especialmente nos casos em que está ou esteve sob efeito de medidas cautelares, bem como de sua adequação aos resultados da colaboração (§ 7º, incisos I a IV, do art. 4º LOC)³⁰.

O juiz deverá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias (§ 8º do art. 4º LOC) mediante a supressão ou alteração de cláusulas ilegais ou inconstitucionais. Ademais, compete ao juiz esclarecer ao colaborador que o acordo não tem uma força vinculante absoluta, uma vez que somente na sentença será apreciado judicialmente os termos do acordo e a sua efetividade objetiva. Não obstante, o STF considera que o colaborador tem direito subjetivo ao benefício da sanção premial, desde que sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador³¹.

Numa segunda etapa, o juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia (na forma dos §§ 4º e 4º-A do art. 4º LOC) ou já tiver sido proferida sentença (§ 7º-A do art. 4º LOC). O STF já decidiu que o controle judicial na homologação do acordo penal abrange também a aferição da legitimidade da persecução penal nos acordos de acordos de colaboração premiada, de transação penal ou de suspensão condicional do processo, de modo que os casos de manifesta atipicidade da conduta narrada, extinção da punibilidade do imputado ou evidente inviabilidade da denúncia por ausência de justa causa acarretam a não homologação da proposta. Diante dos riscos inerentes à justiça criminal negocial, o

³⁰ Nesse sentido também: HC 127483/ PR, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015.

³¹ HC 127483/ PR, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015.

consentimento do imputado, ainda que assistido por defensor técnico, não pode ser supervalorizado a ponto de afastar qualquer necessidade de controle judicial³². Assim, a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia (§ 11 do art. 4º. LOC). Desse modo, conforme o STF, o juiz ou tribunal responsável pelo caso poderá rever e anular o acordo homologado, na sentença do processo originado da delação, em caso de descumprimento dos deveres assumidos, caso se descubra, no decorrer do processo, fatos que demonstrem ilegalidades ou vícios na negociação da colaboração, como por exemplo: corrupção do juiz, coação de uma das partes, prova falsa ou erro judicial³³.

O acordo de colaboração premiada poderá ser rescindido em dois casos: a) omissão dolosa do delator sobre os fatos objeto da colaboração (§ 17 do art. 4º LOC); b) persistência do colaborador no envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração (§ 18 do art. 4º LOC).

4.5.1. O controle jurisdicional

Em relação à constitucionalidade do instituto da colaboração (delação) premiada, o Brasil subscreveu e incorporou em seu ordenamento interno, em 2004, a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado (Convenção de Palermo), cujo artigo 26 e parágrafos instigam a cada Estado Parte a considerar a possibilidade de colaboração premiada mediante a redução da pena ou concessão do perdão judicial. Ademais, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), promulgada pelo Brasil, dispõe em seu art. 37 sobre a redução de pena e o perdão judicial nos seus parágrafos 2º. e 3º. Assim também o STF destacou a existência de previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, e estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador³⁴.

³² Cf. voto do rel. Min. Gilmar Mendes no HC 176.785/DF, 2a. T., STF, j. 17/12/2019.

³³ Pet 7074 QO/DF, Pleno do STF, rel. Min. Edson Fachin, j. 21, 22, 28 e 29.6.2017; Pet 7074/DF, rel. Min. Edson Fachin, j. 21, 22, 28 e 29.6.2017, cf. Informativo do STF n. 870, 19 a 30 de junho de 2017.

³⁴ HC 127483/PR, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, DJe 04-02-2016; vide, também, nesse sentido: SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada, op.cit., p.76 e 78.

Desta maneira, a opção pela colaboração premiada é uma benesse que integra o leque de estratégias de defesa à disposição do investigado ou acusado, seja para preservar desde o início seu ‘status libertatis’, seja para reduzir, isentar, substituir a pena ou modificar seu regime de cumprimento de sorte que potencializa tanto o devido processo legal quanto a ampla defesa³⁵.

Todavia, o instituto da colaboração (delação) premiada gera inegáveis riscos para os direitos fundamentais e princípios constitucionais. Assim, a sua constitucionalidade exige que se considere a colaboração premiada como uma solução excepcional para controlar problemas criminais excepcionais, caracterizados pela sua gravidade e complexidade de investigação, e sempre estritamente subordinada ao princípio da reserva legal, proporcionalidade (proibição de excesso) e intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais³⁶.

Destarte, há de se observar escrupulosamente o direito fundamental do devido processo legal (*‘due process of law’*) (inciso LIV do art. 5º. CF), segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. No Estado Democrático de Direito a legitimação depende da rigorosa observância de um determinado procedimento prévia e formalmente definido. A proteção da formalidade do processo não é menos importante do que a condenação dos culpados e restabelecimento da paz jurídica³⁷.

É essencial, portanto, um controle e revisão rigorosa e efetiva por parte do Poder Judiciário dos termos e do conteúdo dos acordos de colaboração premiada quanto à legalidade, regularidade, voluntariedade e eficácia objetiva, quanto a sua aptidão para assegurar a sua plena legitimidade e compatibilidade com o sistema de direitos fundamentais constitucionais.

Essa conformidade processual deve ser examinada pelo juiz no ato de homologação previsto no parágrafo 7º. do art. 4º. LOC, devendo esta ser recusada se o procedimento que culminou no acordo de colaboração premiada não se ajusta ao iter processual legalmente estabelecido. Novo controle da correção procedimental será feito pelo juiz mais tarde no ato sentencial de eventual concessão dos benefícios anteriormente pactuados³⁸.

³⁵ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada, op.cit., p.75-76.

³⁶ GOMES CANOTILHO, J. J./BRANDÃO, Nuno. GOMES CANOTILHO, J. J./BRANDÃO, Nuno. Colaboração Premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação lava jato. In Revista de Legislação e de Jurisprudência. n. 4000, ano 146, Setembro-Outubro, 2016, p.23-24.

³⁷ GOMES CANOTILHO, J. J./BRANDÃO, Nuno. Colaboração Premiada..., op.cit., p.25.

³⁸ GOMES CANOTILHO, J. J./BRANDÃO, Nuno. Colaboração Premiada..., op.cit., p.25.

O STF parte da premissa de que a fixação de sanções premiais não expressamente previstas na Lei nº 12.850/2013, mas aceitas de modo livre e consciente pelo investigado não geram invalidade do acordo, pois o princípio da legalidade, que veda a imposição de penas mais graves do que as previstas em lei, é uma garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado, de modo que não viola tal princípio a fixação de pena mais favorável, não havendo falar-se em observância da garantia contra o garantido³⁹.

Não obstante, em outros precedentes, o STF afastou-se dessa premissa inicial e decidiu que não existe autorização legal para que as partes contratantes convencionem, de forma antecipada, em acordo de colaboração, em substituição ao Poder Judiciário, a espécie, o patamar e o regime de cumprimento da pena, hipóteses de suspensão do processo criminal, ou fixem prazos e marcos legais de fluência da prescrição diversos daqueles estabelecidos em lei. Validar tal aspecto do acordo corresponderia permitir ao MP, órgão acusador, atuar como legislador, estabelecendo, antecipadamente, ao acusado, sanções criminais não previstas no ordenamento jurídico. É o Poder Judiciário que detém, por força de disposição constitucional, o monopólio da jurisdição, sendo que somente por meio de sentença penal condenatória, proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar ou perdoar penas privativas de liberdade relativamente a qualquer jurisdicionado, especialmente quando sequer existe processo judicial em andamento⁴⁰.

A recente reforma legislativa considera que são nulas as cláusulas estipuladas no acordo de colaboração premiada que violem os critérios legais de definição do regime e requisitos do cumprimento de pena, ressalvada a possibilidade de progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos, se a colaboração premiada for concedida posteriormente à sentença (inciso II do § 7º do art. 4º da LOC).

A legislação estabelece expresamente que nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade (§ 14 do art. 4º LOC). Essa renúncia do colaborador no acordo de colaboração premiada não ofende a garantia constitucional de “permanecer calado” (Inciso LXIII do art. 5º. CF), em cuja cláusula se insere o direito fundamental de não autoincriminação

³⁹ Inq 4405/DF, STF, 1a. T., AgR, rel. Min. Roberto Barroso, j. 27/02/2018.

⁴⁰ Vide despacho prolatado pelo Min. Lewandowski na PET 7265/DF, j. 14/11/2017; voto proferido pelo Min. Celso de Mello na ADIn n. 5.508/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2018; GOMES CANOTILHO, J. J./BRANDÃO, Nuno. Colaboração Premiada..., *op. cit.*, p.27 e 31-33.

(*nemo tenetur se detegere/privilege against self incrimination*), conforme decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), do Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) e da Suprema Corte Norte-americana⁴¹.

Não obstante, o legislador infraconstitucional estabeleceu uma série de limites legais de modo a assegurar a compatibilidade da renúncia do colaborador à garantia de não autoincriminação. Assim, a promessa de benefícios no acordo de colaboração premiada legalmente inadmissíveis, isto é, sem cobertura legal, tais como, a garantia da impunidade oferecida a um corréu para que incrimine seu cúmplice, constituem provas ilícitas; declarações extorquidas por intermédio de manipulações e enganos não representam um exercício de liberdade e autodeterminação, de modo que ofendem o direito fundamental contra a autoincriminação, incluída no direito ao silêncio (*nemo tenetur se ipsum accusare*)⁴².

O legislador também determina que “são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória” (§ 7º-B do art. 4º LOC). O STF já reconheceu que não opera nenhum efeito perante o Poder Judiciário a renúncia geral e irrestrita à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio, bem como a desistência antecipada de apresentação de recursos, uma vez que tais renúncias, à toda evidência, vulneram direitos e garantias fundamentais do colaborador⁴³.

Por outro lado, “na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade (§ 6º do art. 3º-B LOC).

Outra limitação estabelecida pela recente reforma legislativa consiste em que “as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor” (§ 10 do art. 4º LOC), porém, podem ser valoradas contra terceiros envolvidos no crime.

O legislador também incluiu expresamente a proibição de prolação de decisão judicial de “recebimento de denúncia ou queixa-crime” ou de “sentença condenatória” com fundamento apenas nas declarações do colaborador (incisos II e III do § 16 do art. 4º. LOC).

⁴¹ Cf. VALDEZ PEREIRA, Frederico. *Delação Premiada...*, op.cit., p.63 e notas 109 -110.

⁴² GOMES CANOTILHO, J. J./BRANDÃO, Nuno. *Colaboração Premiada...*, op.cit., p.35-37. O inciso LVI do art. 5o. da CF considera inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. O art. 157 do CPP esclarece que são “assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

⁴³ Vide despacho na PET 7265/DF, j. 14/11/2017, rel. Min. Lewandowski.

O STF já vinha rejeitando acusações (denúncias) baseadas exclusivamente em declaração unilateral de colaborador/delator⁴⁴.

Ademais, o STF também já decidira que decretar a prisão preventiva com base em delação premiada viola a lei e a Constituição⁴⁵. Essa diretriz jurisprudencial foi acolhida pela recente reforma legislativa que proibiu expressamente a decretação de qualquer medida cautelar ou pessoal com fundamento apenas nas declarações do colaborador (inciso I do § 16 do art. 4º. LOC).

Por outro lado, a decretação da prisão cautelar como mecanismo para obter a colaboração premiada ofende o direito constitucional que protege o cidadão contra a autoincriminação. Qualquer desvio de finalidade, mediante a utilização de finalidades punitivas de antecipação de pena ou de fundamentos apócrifos com a utilização de outra norma de cobertura é ilegal e inconstitucional por ofensa ao princípio da legalidade (tipicidade das medidas cautelares: *nulla coactio sine lege*), da proporcionalidade (subprincípio da adequação), da presunção de inocência, ao direito ao silêncio e ao privilégio contra a autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) e à garantia da imparcialidade judicial⁴⁶.

O STF abordou essa questão dos fundamentos ocultos ou apócrifos da prisão preventiva e rechaçou a possibilidade de prisão para obter a confissão em acordo de delação premiada. Assim, se a prisão preventiva tem fundamentos sólidos, que tornam seu cabimento inequívoco, uma suposta finalidade oculta perde a importância. Eventual disposição do Ministério Público de negociar a colaboração do preso não estará ligada à prisão. Contudo, se da fundamentação do decreto de prisão cautelar se verificar que a falta de colaboração para esclarecer os fatos constituiu um fator determinante para decretar a prisão temporária ou preventiva, existe um claro motivo para a anulação de dita decisão e considerar ilícitas as provas dela derivadas. Em síntese, caso se constate que a verdadeira finalidade (oculta ou apócrifa) da prisão cautelar é forçar a colaboração do imputado, cabe ao Tribunal anular essa decisão por manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade, por ofensa ao direito ao silêncio e a

⁴⁴ Inq 4005/DF, 2ª. T., STF, rel. Min. Edson Fachin, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j.11/12/2018; Inq 3994, DF, 2ª. T., STF, rel. Min. Edson Fachin, rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, j. 18/12/2017.

⁴⁵ HC 169119/RJ, 2ª. T., STF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02/04/2019.

⁴⁶ SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p.645 e ss.; ID. *A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva*. Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século). São Paulo: Método, 2001, p. 257 e ss.

vedação de autoincriminação. Portanto, está proibida a decretação ou da manutenção da prisão cautelar como instrumento de barganha com o imputado, no intuito de coagi-lo a colaborar⁴⁷.

Para evitar a decretação da prisão cautelar com a finalidade espúria de mecanismo coativo para obter a colaboração premiada, a recente reforma legislativa determina que o juiz obrigatoriamente analisará, entre outros aspectos, na homologação, “a voluntariedade da manifestação de vontade quando o colaborador está ou esteve submetido a medidas cautelares” (inciso IV do § 7º do art. 4º LOC).

Ademais, o descumprimento de acordo de colaboração premiada não constitui causa de imposição ou de restabelecimento da prisão preventiva anteriormente revogada, pois inexistente relação necessária entre a celebração e/ou descumprimento de acordo de colaboração premiada e o juízo de adequação de medidas cautelares gravosas. A prisão processual desafia a presença de algum dos requisitos previstos no art. 312 do CPP⁴⁸.

5. Considerações Finais

Após este esboço do panorama legislativo e jurisprudencial das estratégias de controle da corrupção no Brasil, cabe expor umas breves considerações finais.

Conforme dados atualizados até dezembro de 2019, a CGU, em conjunto com a AGU, mediante acordos de leniência celebrados com empresas investigadas pela prática dos atos lesivos previstos na LAC e ilícitos administrativos previstos na Lei de Licitações (nº 8.666/1993), ajustou a devolução de R\$ 13,67 bilhões, já tendo sido devolvidos aos cofres públicos R\$ 3,12 bilhões. Outros 22 acordos de leniência estavam em andamento⁴⁹. Segundo

⁴⁷ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade da prisão cautelar como mecanismo para obter a delação (colaboração) premiada. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. (Org.). Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. 1a.ed.Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 331-346; CAPEZ, Rodrigo. Prisão e medidas cautelares diversas. A individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p.430-431; SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada, op.cit., p.131; Decisão monocrática prolatada pelo Min. Gilmar Mendes, em 11/05/2018, na Medida Cautelar no HC/MC SP n. 156.600, STF, j.11/05/2018; HC 127186, STF, 2a. T., rel. Min. Teori Zavascki, j. 28/04/2015.

⁴⁸ HC 138207, PR, 2a. T., STF, rel. Min. Edson Fachin, j. 25/04/2017.

⁴⁹Vide <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>, acesso em 06/04/2020.

fontes do MPF, atualizadas até março de 2020, mais de R\$ 4 bilhões já foram devolvidos por meio de 185 acordos de colaboração e 14 acordos de leniência, nos quais se ajustou a devolução de cerca de R\$ 14,3 bilhões⁵⁰. Os três maiores acordos pela prática de crimes investigados no âmbito da Operação Lava Jato, foram celebrados com as empreiteiras Odebrecht (R\$ 2,7 bi); Braskem (R\$ 2,87 bi) e OAS (R\$ 1,9 bilhão à União até dezembro de 2047)⁵¹. Portanto, constata-se uma efetividade real dos acordos de leniência e de colaboração (delação) premiada como estratégias de política criminal para o controle da corrupção no Brasil.

Essa eficácia tornou-se realidade não só pela legislação vigente, mas especialmente pelo trabalho conjunto de instituições independentes: um MP independente do poder executivo; cooperação da força-tarefa investigativa composta pelo MP e Polícia Federal, esta também com relativa autonomia do Poder Executivo, e um Poder Judiciário independente, com destaque para o controle jurisdicional pelo STF a alguns excessos de parte dos órgãos de persecução penal no controle da corrupção, em particular no âmbito da operação “Lava Jato”. Também adquire relevo as importantes alterações da LOC, incluídas pela recente “Lei Anticrime”, acolhendo os principais standards garantistas estabelecidos pelo STF, e acrescentando outros que contribuem para o aprimoramento e evolução do instituto da colaboração premiada segundo os cânones do Estado Democrático de Direito.

⁵⁰Vide <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-completa-seis-anos-com-500-pessoas-denunciadas-e-numeros-records-em-2019>, acesso em 06/04/2020.

⁵¹Vide <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/11/14/oas-fecha-leniencia-de-r-19-bi-terceiro-maior-acordo-da-historia.htm>, acesso em 06/04/2020.