

SEGURANÇA PÚBLICA E SEGURANÇA INSTITUCIONAL: O ACORDO DE LENIÊNCIA E A JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL EM CRIMES DE CARTEL *

Claudio José Langroiva Pereira**

Leandro Pachani***

Resumo: A segurança pública envolve diretamente a segurança institucional e seus instrumentos de controle. O Acordo de Leniência, introduzido no sistema jurídico brasileiro, integrado por seus anexos e com os consequentes termos de cessação de conduta, em estando devidamente firmado, não permite o ajuizamento de ações penais, em desfavor dos corréus incriminados (“delatados”), constantes do acordo de leniência, por ser esta espécie de colaboração premiada. A análise jurisprudencial demonstra que o instrumento da colaboração premiada – embora relevante – somente pode ser reconhecido como indício ou no máximo um início de prova, nas investigações criminais, não conferindo, per si, justa causa para ações penais.

Palavras-Chave: Políticas Públicas de Segurança. Negociação penal. Acordo de Leniência. Ação Penal. Justa Causa.

PUBLIC SAFETY AND INSTITUTIONAL SECURITY: THE

* O artigo integra a produção intelectual do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos” da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

** Doutor em Direito das Relações Sociais, Professor Doutor de Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos”.

*** Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP/Franca, Mestrando em Direito Processual Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, membro do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos”.

CARTEL ON LENIENCY PROGRAM AND PROBABLE CAUSE FOR CRIMINAL ACTION IN CARTEL CRIMES

Abstract: Public security directly involves institutional security and its control instruments. This article has the purpose of analysing whether the information provided in the term of cessation of conduct and, consequently, in the corporate leniency policy, can delimit just cause for bringing criminal action to the detriment of the persons denounced. As the leniency agreement be a kind of award-winning collaboration, this article - through jurisprudential doctrine and analysis - will examine whether it is possible, given the legal determination, to confer even treatment of the collaboration.

Keywords: Public Safety Policies. Criminal Negotiation. Leniency Agreement. Criminal action. Probable Cause.

INTRODUÇÃO



os estados mais liberais, uma das vertentes ligadas às Políticas Públicas de Segurança está na intensa preocupação do legislador ordinário em reprimir e prevenir infrações envolvendo violações à ordem econômica, de forma a garantir a segurança da economia, bem como a segurança das instituições públicas¹. Não é sem razão que um dos mecanismos mais eficazes nesta função é a identificação e a repressão ao cartel², que se tornou, neste

¹ “A segurança das instituições públicas é parâmetro contínuo na elaboração de diretrizes e políticas de segurança pública, por vezes ignorado, desconsiderado e negligenciado, enquanto que as “forças de segurança pública”, no exercício de poder repressor do Estado, continuam sendo empurradas para modelos de atuação repressiva desordenada e sem efeitos duradores”. Pereira e Almeida (2019, p.107).

² Todo o acordo entre empresas que tem como finalidade fixar de maneira artificial preços ou quantidades de produtos e/ou serviços, de controlar mercado de forma a limitar a concorrência é assim definido como crime de cartel. Vide Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, artigo 4º. -

aspecto, um dos fundamentos dos sistemas jurídicos nestes Estados³.

O cartel que, em síntese, configura um acordo entre concorrentes para domínio de mercado, pode gerar desde a eliminação da concorrência, a impossibilidade de escolha pelos consumidores, a elevação de preços dos produtos e serviços e até, em última análise, a ausência de investimentos tecnológicos e inovações, de forma que se traduz como uma conduta perniciosa que atinge não só a economia, mas a sociedade como um todo⁴.

É sobre estas bases que nosso ordenamento jurídico, seguindo padrões internacionais, passou a prever, em regramento administrativo, civil e penal, disposições que objetivassem a repressão de condutas que atentassem a um dos principais alicerces do sistema liberal, que é a livre concorrência⁵.

De outro lado, também, o que se pôde observar foi a opção por soluções não judicializadas para este problema, bem como para manter à disposição uma alternativa à persecução

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm

³A primeira norma criada para a proteção contra carteis foi a canadense através do *Act for the Preservation and Suppression of Combinations formed on Restraint of Trade*, em 1889, que visava “atacar os problemas de combinados ou conluio para restringir o comércio, para fixar preços ou restringir a produção”, “considerava a fixação de preços e outros acordos entre competidores espécies de conduta abusiva”. Ver mais em Oliveira e Rodas (2004, p.4).

⁴Ainda que o ordenamento jurídico ainda não conceitue expressamente a definição de cartel, a doutrina se propõe a contextualizá-lo e defini-lo. Colhe-se da lição de J. X. Carvalho de Mendonça que “cartel é o acordo temporário entre diversas empresas que exploram o mesmo ramo de produção, com o objectivo de exercer o monopólio no mercado, conservando, entretanto, cada uma dessas empresas, com a sua personalidade, uma parte da sua independência econômica”. Carvalho de Mendonça (1933, p. 306).

⁵Vale destacar SALOMÃO FILHO (2003), para quem “é importante que se entendam as consequências desse dispositivo constitucional, que é frequentemente mal interpretado. Em primeiro lugar, é preciso que fique claro que a concentração constitucional na figura do abuso do poder econômico não implica que essa figura seja a única ilícita para a ordem concorrencial. Se assim fosse não haveria razão para a previsão expressa da liberdade de concorrência no inciso IV do artigo 170. É nesse dispositivo que se baseia, por exemplo, a regulamentação da concorrência desleal que, como visto supra, prescinde da existência do poder econômico”.

penal. Assim, porque foi introduzido o acordo de leniência, através da Lei 10.149 de 21 de dezembro de 2000⁶.

Muito embora exista um intenso fluxo de comunicações entre os países comprometidos com a repressão de condutas que atentem contra o sistema econômico liberal, ainda persiste uma série de situações não solucionadas juridicamente, como nos casos da comprovação, por exemplo, de condutas dos crimes de cartel.

Por mais que tenhamos, no mundo moderno, evidências relevantes para demonstrar os indícios do crime ou ainda para revelar o *modus operandi* empregado pelos agentes envolvidos em ilícitos de cartel, de outro lado, a formação da prova é ainda precária e muitas vezes não se reveste de requisitos mínimos para a consequente adoção de mecanismos de repressão penal adequados.

Isto porque, como adverte Lopes Júnior (2017, p. 226), tanto o processo penal como a prova integram os meios de construção do convencimento do julgador que influenciará na sua convicção, quando da prolação da sentença. Por tal razão, impede destacar que a prova, em regra, deve ser produzida na fase judicial, pois permite o contraditório e a ampla defesa, dada a possibilidade múltipla de interpretação dos elementos da prova.

Não é a toa que o artigo 155, do Código de Processo Penal brasileiro⁷, preceitua que o juiz formará sua convicção pelas provas produzidas em contraditório judicial, não podendo fundamentar exclusivamente nos elementos da investigação, já que sobre os elementos colhidos nessa fase, não se possibilitou o contraditório da outra parte, excetuando-se os casos das provas

⁶ A Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, acabou por alterar e acrescentar dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que acabou substituída pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que trouxe em seu Capítulo VII o Acordo de Leniência.

⁷ “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

cautelares, as que não são repetíveis e as antecipadas.

Por essa razão pode-se entender que, para a formação da prova, é necessário obedecer aos postulados constitucionais como o princípio do contraditório, o da não autoincriminação, o direito ao silêncio, o da proporcionalidade e da razoabilidade, onde se deve avaliar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da medida para o processo.

Realizando um recorte empírico, podemos destacar diversos casos juridicamente relevantes para este estudo, envolvendo a “Operação Lava Jato” no Brasil⁸, onde determinadas empresas, ao firmarem acordos de leniência junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE⁹, proporcionaram o início de investigações criminais ou, ainda, permitiram o pedido e deferimento de autorização judicial para realização de grandes operações policiais, para cumprimento de mandados de prisões cautelares, buscas e apreensões, além do início de ações penais¹⁰.

Necessário, assim, analisar se os elementos surgidos durante o acordo de leniência igualmente servem para embasar a persecução penal já que – sem qualquer dúvida – não retiram o ônus da investigação e a exclusividade da promoção da ação penal do Ministério Público¹¹.

1. NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência foi instituído no sistema jurídico brasileiro, no ano de 2000, através da Medida Provisória nº

⁸ <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>.

⁹ Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127.

¹⁰ Ação Penal nº 0017513-21.2014.4.02.5101, 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, TRF2, é um dos exemplos.

¹¹ Artigo 129, inciso I, da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

2.055 de 11 de agosto, convertida posteriormente na Lei sob nº 10.149 de 21 de dezembro de 2000¹², que alterou os dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de/1994¹³, permitindo a adoção de instrumento investigativo em território brasileiro, seguindo a lógica do sistema estadunidense, onde já foi considerado como um dos instrumentos de política pública mais efetivos na repressão de cartéis¹⁴.

Mesmo com a aprovação da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que revogou a Lei nº 8.884/94 e estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência¹⁵, o instituto do Acordo de Leniência seguiu a mesma lógica, sofrendo pequenos ajustes pontuais no que se referiu aos seus limites de aplicação, ficando restrito, conforme o disposto nos artigos 86 e 87, às infrações relacionadas a prática de cartel, como os tipificados na Lei de Licitação¹⁶ e na lei de Crimes Contra a Ordem Econômica¹⁷.

Quanto à própria estrutura do acordo de leniência, vale a pena destacar que os signatários são a União¹⁸ e as pessoas

¹²Vide em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10149.htm. Acesso em 10.06.2019.

¹³Vide em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm. Acesso em 10.06.2019.

¹⁴BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE DIREITO ECONOMICO. Cartilha sobre o combate a cartéis e programa de leniência - http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf

¹⁵“O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, conforme prevê o artigo 3º da Lei 12.529/2011, é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae do Ministério da Fazenda” - <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>.

Vide em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/112529.htm. Acesso em 10.06.2019.

¹⁶Vide em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em 10.06.2019.

¹⁷Vide em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em 10.06.2019.

¹⁸ Relativamente ao Acordo de Leniência, nos termos do que dispõe a Lei Federal, entenda-se “União” como o órgão do Poder Executivo Federal autorizado a formalizar

físicas e jurídicas que identificam ou preconizam a existência de um cartel e que possam identificar ou proporcionar elementos à identificação dos demais envolvidos na infração. É exatamente o que determina o artigo 86 da Lei nº 12.529/2011, ao estabelecer que os benefícios previstos em lei só serão concedidos se “resultar na identificação dos demais envolvidos na infração e se houver obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”¹⁹.

Tudo isso fica vinculado à existência de um processo administrativo no qual, após a celebração do acordo de leniência, existirá e o contraditório e a ampla defesa das pessoas físicas e jurídicas indicadas ou “delatadas”²⁰.

Sobre o sentido do termo leniência, ele é proveniente do latim *lenitate*, o que corresponde a *lenidade*, *suavidade*, *mansidão*. Porém, do ponto de vista do Direito Concorrencial, nas palavras de Sobral (2001, p. 132), é definida como “(...) qualquer sanção ou obrigação que seja considerada menos severa que aquela exigida na falta de uma cooperação plena e voluntária”.

E segue o autor, no sentido de que “a leniência adquirirá forma de concessão de imunidade do processo criminal, mas independente disso, a leniência geralmente adquirirá também a forma de redução de multas no âmbito do processo administrativo em trâmite perante o órgão de defesa da concorrência”²¹.

Santos (2007, p. 14) também, de maneira sintética, define o acordo de leniência “(...) como um ajuste celebrado entre a União e pessoas físicas e jurídicas autoras de infrações contra a ordem econômica interessadas em livra-se de pena administrativa imposta pelo CADE (...)”. Nada mais do que “uma transação entre o Estado e o delator que, em troca de informações que viabilizem a instauração, a celeridade e a melhor fundamentação

e propor acordos, no caso o CADE.

¹⁹Vide em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/112529.htm. Acesso em 10.06.2019.

²⁰Idem.

²¹Idem, ibidem.

do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção (...)” (Oliveira e Rodas, pp. 41/42).

Podemos concluir que, através da utilização do direito premial, o acordo de leniência acaba por representar uma espécie de colaboração premiada²², onde o proponente – através das pessoas físicas que aderem ao instrumento – denuncia a existência de um cartel do qual fez parte.

Desta forma, O acordo de leniência seria, portanto, espécie de delação premiada, assim como os diferentes tipos de delação previstos em leis especiais (Martinez, 2013, p. 261).

Vale mencionar que estamos falando de negociação ou de justiça negociada, onde estes instrumentos surgem como apropriados a uma postura jurídica moderna, que acaba por institucionalizar meios informais e voluntários, como legais e regulamentados, tornando a prática preventiva e ressocializadora uma realidade possível, através de uma solução alternativa de conflitos sociais (Pereira, 2002, p. 85)

Com fundamento nestes posicionamentos, podemos ressaltar que, na ótica do signatário, o acordo de leniência pressupõe, portanto, a cessação da atividade ilícita e a cooperação na investigação para o combate ao cartel para, em troca, receber o leniente o benefício da isenção de multa administrativa e ainda a extinção da punibilidade²³.

No entanto, para a celebração do acordo a Lei nº 12.529/2011 estabelece algumas condições, como dispõe o

²² A Colaboração Premiada, atualmente, vem assim juridicamente sustentada em nosso sistema: artigo 129, incisos I, III e IX, da Constituição Federal; artigos 13 a 15 da Lei nº 9.807/99; art. 1º, §5º, da Lei nº 9.613/98; art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85; art. 26 da Convenção de Palermo; e art. 37 da Convenção de Mérida; artigos 4º a 8º da Lei nº 12.850/2013; artigos 3º, §2º e §3º, 485, VI e 487, III, “b” e “c”, do Código de Processo Civil brasileiro; nos artigos 840 e 932, III, do Código Civil brasileiro; artigos 16 a 21 da Lei nº 12.846/2013 e de seu decreto regulamentador; e nº 8.429/92; artigos 86 e 87, da Lei nº 12.529/2011 e princípios de composição consensual previstos no artigo 2º da Lei nº 13.140/2015.

²³ Vide em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/112529.htm. Acesso em 10.06.2019.

artigo 86, em seus incisos I e II²⁴, como a colaboração efetiva com as investigações e com o processo administrativo, na “identificação dos demais envolvidos na infração” e na “obtenção de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”. Além destas condições, a empresa integrante do cartel deverá preencher, cumulativamente, os requisitos do art. 86, § 1º e incisos, da Lei²⁵.

Neste momento, sem entrar na discussão sobre as questões processuais que envolvem a concessão de imunidade penal²⁶, ou seja, se é possível ou não transigir sobre este fato no

²⁴ Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou
II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

²⁵ § 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse 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.

²⁶ A imunidade penal tem sido discutida sob a ótica do que prevê o artigo 87:

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso

âmbito administrativo, o fato é que a análise das provas obtidas no processo administrativo do CADE e nos Acordos de Leniência, em matéria criminal, tem sido objeto de profundos questionamentos por parte da doutrina²⁷, sobretudo quando da adoção do instituto processual da colaboração premiada ou, ainda, quando da chamada de corrêu.

A dificuldade de se obter provas em processos penais envolvendo o crime de cartel sempre foi objeto de análise e discussão na doutrina. Sobre a questão, Schieber (1966, p. 87) já destacava: “decorre do fato de raramente acontecer que conspiradores que visam praticar um abuso do poder econômico lavrem e arquivem atas de suas reuniões, tanto quanto provas testemunhais, pois é evidente que não podemos esperar que os participantes de acordo em restrição da concorrência testemunhassem contra si e admitissem a existência de tal acordo”

Relativamente à colaboração premiada, nosso

do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

²⁷ Para Plínio Antônio Britto Gentil, Charles Hamilton Santos Lima, Roberto Livianu, Márcio Soares Berclaz, Tiago de Toledo Rodrigues e Gustavo Roberto Costa “antes de enfraquecer o acordo de leniência ou despotencializá-lo, ao contrário, o interesse e a previsão da possibilidade de manifestação do Ministério Público somente reforçam a importância e a utilidade do referido instrumento, permitindo que haja fiscalização sobre os seus termos e condições, tal como ocorre com outro instituto de justiça consensual ou negociada, no qual o Ministério Público já tem experiência e manejo. Melhor que o acordo de leniência seja qualificado pela presença e participação do Ministério Público do que desqualificado posteriormente de descrerioso e indevido, inclusive como risco de sua nulidade ser postulada e reconhecida pelo Poder Judiciário” (Intervenção do Ministério Público nos acordos de leniência é imprescindível. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-12/mp-debate-intervencao-acordos-leniencia-imprescindivel>>. Acesso em: 10.06. 2019, p. 1). No mesmo sentido: LIVIANU, Roberto. Corrupção. Incluindo a nova Lei Anticorrupção. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 187.

Ver também SANTOS, André Maciel Vargas dos. O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+10270>. Acesso em 10.06.2019. SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação. Revista do IBRAC, São Paulo, vol. 8, p. 131-146, n. 2, 2001.

ordenamento jurídico dispõe sobre o tema de forma específica na Lei nº 12.850, de 12 de agosto de 2013²⁸, que define e dispõe sobre a persecução criminal de Organizações Criminosas, onde se determina que é possível a obtenção do “prêmio” ao investigado ou acusado que, colaborando com o Estado, identificar ou atuar de maneira eficaz na identificação dos demais autores da organização criminosa. De maneira contundente, para o instituto da colaboração, não importa qual seja o motivo que a impulsionou, desde que comprovada a sua espontaneidade e a eficácia das afirmações nela contidas, para a elucidação da verdade. Assim procedendo, o instituto passa a ser válido e útil para o novo processo penal.

Podemos destacar que a sociedade brasileira tem experimentado uma significativa sensação de impunidade, especialmente quando tratamos de uma espécie de criminalidade organizada que dispõe de estruturas empresariais, estruturas governamentais e, acima de tudo, de um perfil criminal que envolve a própria existência do modelo econômico social.

Uma parcela significativa da sociedade espera por escolhas utilitaristas (onde o preceito “dos fins justificam os meios”), que sustentam-se na rápida e simples persecução e punição de agentes criminosos, no caso desta modalidade “soft” de crime, onde não temos violência ou grave ameaça à pessoa, tem insistido em que o combate a esta modalidade de criminalidade tem que ser abreviado (economia processual), já que por si só os danos econômicos sociais (indiretos) são gigantescos; tem que ser rápido (celeridade), já que a dificuldade com a investigação e a produção de provas, em uma área econômica de características técnicas muito específicas, demandam investimentos em treinamento, investimentos em tecnologia e investimentos em técnicas especiais de investigação, ensejando procedimentos custosos e demorados; tem que ser mais simplificado (informalidade).

²⁸Vide em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 10.06.2019.

Ora, o princípio do utilitarismo, assim considerado, acaba por permitir economia processual, celeridade e informalidade, todavia ao custo da diminuição de direitos e garantias individuais, constitucionalmente asseguradas, presentes no devido processo legal penal.

Para esta situação, o utilitarismo de Bentham (1907, p. 8) responde no sentido de que se o princípio da utilidade é um princípio rigoroso a ser aplicado em toda e qualquer hipótese, qualquer princípio que difira dele, em qualquer grau, deve necessariamente ser considerado como “errado”.

Não obstante o apelo utilitarista, deve prevalecer no Estado Democrático de Direito brasileiro um sistema jurídico processual democrático na concretização do direito material.

A exemplo disto o processo penal, como todos os institutos jurídicos que se prestem a produzir efeitos ao direito material, em especial o penal, devem ser conduzidos sob a rigorosa observância da lei, *legitimamente constituída, ou seja, respeitando princípios e garantias fundamentais*. Isto porque, pensamento ou exercício em sentido contrário produziria efeitos diversos daqueles esperados de Estados comprometidos com o direito. Mesmo uma condenação, através desta flexibilização utilitarista, tivesse sido produzida, a falta de compromisso com o direito atuaria como verdadeiro instrumento inviabilizador do respeito ao ordenamento jurídico (Zilli, 2003, p. 160).

Neste aspecto a colaboração premiada, baseada em princípios orientadores de outros modelos estrangeiros - *plea bargain* estadunidense, por exemplo (Garcia, 1997, pp.30-34), com a aplicação do princípio da oportunidade (em detrimento da legalidade)²⁹, apesar de atender estes anseios sociais, e de outro lado populistas, que esperam soluções rápidas, efetivas e eficazes, ainda que para tanto, reiteramos, sejam suprimidas garantias fundamentais do cidadão e da sociedade como, por exemplo, um

²⁹ Sobre o tema, obra de autoria do coautor Pereira (2000), fruto de pesquisa desenvolvida durante a realização do curso de mestrado.

devido processo penal, tão somente se mostram como uma alternativa à incapacidade investigatória e persecutória de um Estado, mal aparelhado e mal gerenciado neste aspecto³⁰.

Castelo Branco (1994, p. 2-4) afirma que a delação sobre o ponto de vista ético representa “punições diferentes para procedimentos totalmente iguais, com recompensas especiais ao traidor, como se a traição fosse um valor positivo de caráter humano”. Da mesma forma, Franco (2007, p. 359) afirma “a delação premiada, qualquer que seja o nome que se lhe dê e, quaisquer que sejam as consequências de seu reconhecimento, continua a ser indefensável, do ponto de vista ético, pois se trata da consagração legal da traição que rotula, de forma definitiva, o papel do delator”.

Na mesma linha estrutural da colaboração premiada está o acordo de leniência, como instrumento de obtenção de provas, completamente dissociado da moral e do Direito.

Apresenta-se, em linhas gerais, tal como a delação/colaboração, como meio de obtenção de confissão baseado na traição mediante sedução (em última instância pela extinção da punibilidade), – na busca de identificar os demais participantes na prática delituosa.

Córdova e Lopes (2000, p.69) afirmam que “pode-se inferir que se trata de um instrumento que parte da prévia ciência da instabilidade interna dos cartéis, da questionável lealdade, entre os que dele participam e da ideia de premiar aqueles que colaboram com o Estado, em troca de benefícios pessoais”.

Portanto, como bem revela Gesner Oliveira (2003), “o participante do cartel é como um escorpião: trair faz parte de sua natureza. Pois furar o cartel constitui oportunidade de outro para não elevar o preço (ou elevá-lo menos do que os concorrentes) e abocanhar boa parte da clientela”.

Esta mesma ótica serve ao leniente.

Regulado pela Lei nº 12.529 de 2011, no artigo 86, o

³⁰ Idem.

termo de leniência é delimitado e conceituado.

Para efeitos do acordo de leniência, deverão as pessoas jurídicas infratoras fornecer a identificação dos demais envolvidos na infração e facilitar a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Além disso, segundo a disposição literal da Lei, a empresa que busca a condição de leniente, deverá ser a primeira a se qualificar com relação a infração noticiada, de maneira a cessar completamente seu envolvimento, confessando, inclusive, sua participação no ilícito.

Por meio de histórico de conduta o pretense leniente traz ao conhecimento ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE³¹) informações relevantes sobre a prática de condutas anticompetitivas no mercado, como um todo. As condutas anticompetitivas são descritas e detalhadas de acordo com os documentos e informações apresentadas pelos pretensos lenientes que, submetidas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE³²), sofrerão tão só análises meramente procedimentais, sobre a existência do ineditismo do tema e da ausência de prova ou investigação sobre estes fatos, não fazendo qualquer investigação ou apuração profunda sobre os fatos e a eficácia e eficiência dos mesmos para a persecução do Estado.

Permanece então o questionamento sobre se, com base na celebração do acordo de leniência, não existindo, portanto, aferição sobre a eficácia e eficiência dos fatos e provas ali apresentados, este instrumento poderá conduzir, via compartilhamento de conteúdo, ao imediato reconhecimento de justa causa para propositura de ações criminais, em desfavor dos delatados pelos crimes de cartel, ou aqueles a ele associados.

2. A NATUREZA JURÍDICA DA JUSTA CAUSA E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

³¹ <http://www.cade.gov.br/>

³² <http://www.cade.gov.br/>

O tema da justa causa é bastante tormentoso no que se refere a sua delimitação. Lyra (1944, p. 12) já aduzia: “...faço da justa causa para a ação penal ponto de partida dinâmico, realista, consequente, do estudo... De que depende a tarefa inicial? De justa causa, isto é, a prática de infração penal. E quando há justa causa, por que meio surge e se traduz a intervenção da Justiça Penal? Pela Ação Penal”.

Como bem afirma Carneiro (2011, p. 459), “toda essa preocupação conceitual não é, no entanto, fruto de mera elucubração acadêmica. Ao contrário, funda-se na legítima necessidade de, no processo penal, de matiz constitucional, evitar-se a perseguição penal infundada, visto que a existência de perseguição penal inegavelmente atinge a dignidade da pessoa àquela submetida”, justificando adequadamente sua assertiva na profunda preocupação que devemos manter quando ao desdobramento de conceitos sobre a justa causa, podendo sustentar abusos ao direito de acusar.

Sobre a justa causa, Badaró (2015, p. 163) estabelece o relevante o contraste entre a ação penal e a ação civil. Em sua visão, enquanto a ação civil independe de justa causa, por se tratar de campo privado e não estar pautada no interesse público; no campo penal, a justa causa pode ser traduzida como a existência de um suporte probatório mínimo exigido, isto é, que tem por objeto mínimo a existência material de um crime e os indícios de sua autoria.

Indispensável, portanto, à identificação da existência de justa causa, na esfera penal, que os elementos de informação colhidos na fase da investigação preliminar sejam suficientes para permitir um certo juízo de probabilidade de que o acusado possa ser, de fato, o autor do delito (indícios de autoria).

Quanto à inafastável prova da existência do crime, como fundamento da justa causa, podemos afirmar que não há justa causa se não se tem certeza da ocorrência de um crime

(materialidade).

Sem a certeza da existência do crime, a ação penal é injusta e desnecessária. Logo, para o início da ação penal, é minimamente necessário que haja prova da materialidade delitiva, ou seja, a certeza da ocorrência de um fato típico, antijurídico e culpável (punível) (Badaró, 2015, pp.163-169).

Chroukr (2011, pp. 165-181) sustenta que a “justa causa é suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado. Tal lastro probatório nos é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação, que devem acompanhar a acusação penal, arts. 12, 39, §5º, e 46, §1º, do CPP”.

Em estando a justa causa associada ao suporte probatório mínimo, ora entendido, a sua finalidade é a “de impedir a apresentação de uma ação penal injusta e desproporcional, *desamparada de elementos de convicção* sobre a autoria e a materialidade daquele injusto penal, demonstrando a existência minimamente segura de um fato típico, antijurídico e culpável por parte do imputado, evitando-se, assim, o seu vexame gratuito e imotivado” (Carvalho, 2018, pp. 283-318)

Assim, a razão de ser da justa causa na ação penal é a de evitar que denúncias ou queixas infundadas, sem aparente viabilidade, prosperem. Isso porque o simples fato de estar sendo processado criminalmente já configura imenso constrangimento ao acusado; verdadeira forma de punição.

Pode-se compreender, portanto, que a justa causa se conecta ao fato criminoso e a sua autoria, não bastando a mera tipicidade aparente do fato ou a indicação da autoria do crime. Não se exige grau de certeza no *quantum probatório*, tal como, por exemplo, o exigido pela sentença final. Entretanto é sempre exigida a presença de dois elementos caracterizadores da justa causa: indícios de autoria e prova de materialidade,

Nesse contexto, portanto, sendo o acordo de leniência

definido como espécie de negociação institucional, como também o é a colaboração premiada, sendo ambas espécies de delação, é neste contexto que se insere a discussão sobre se teria esta modalidade de negociação penal capacidade probatória suficiente a amparar uma ação penal.

3. NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA E A JUSTA CAUSA

Disciplinada no sistema jurídico brasileiro, de forma mais objetiva, através dos dispositivos da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, a colaboração premiada vem definida na lei como um meio de obtenção de prova³³, através do ato processual negocial. No entanto, tal conceito contratual, ainda proporciona questionamentos.

Didier Jr. e Bomfim (2016, p.23-60) sustentam que “a colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição de interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado. (...) cuida-se, ainda, de contrato bilateral e oneroso”. Em sentido diverso, ao entender que o Ministério Público não cede absolutamente nenhum direito ou bem seu, assinalam Dalla e o Porto (2016, pp. 26-48) que “a colaboração premiada se trata de espécie de negócio jurídico *sui generis*, onde não seria de se falar e negócio jurídico propriamente dito, porque os celebrantes não podem predeterminar algo que não é de sua alçada”, dado que a eficácia do acordo há de ser conferida pelo Juiz, quando da sentença.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por intermédio do HC 127.483/2015, em julgado de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, sustenta que “a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada

33 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acessado em 10.06.2019.

expressamente em lei como meio de obtenção de prova, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo penal criminal, atividade de natureza processual, ainda que agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração”³⁴.

Podemos compreender a colaboração premiada como um acordo, em que o investigado negocia com a autoridade competente o recebimento de vantagens em troca de fornecer informações, documentos e outros elementos hábeis a apontar a dinâmica de funcionamento e composição da organização criminosas a que pertencia.

A finalidade, portanto, é procurar conhecer e obter as provas contundentes para processar e julgar o crime organizado.

É como sustentam Wunder e Carvalho (2018, p. 283-318) ao afirmarem “visa a colaboração, então, alcançar algo diverso e além do simples reconhecimento da participação daquele agente na atividade ilícita, embora sem a sua contribuição fosse muito difícil a obtenção desses resultados pela usual investigação”.

Não há processo na colaboração premiada. Muito embora seja esta uma afirmação um tanto radical, sua interpretação deve feita à luz do que consideramos como processo judicial. Evidentemente que não existe possibilidade de se concretizar uma colaboração sem procedimento administrativo, sob a presidência de autoridade pública, com a formalidade de registros e o respeito à legalidade, seja na forma da própria lei instrumentalizadora da colaboração premiada no sistema jurídico brasileiro, seja na forma dos institutos jurídicos que regem a atuação de todos os agentes do Estado, do devido processo legal penal e, por evidente, a Constituição Federal brasileira.

Ocorre que a colaboração premiada não produz somente

34 Acesso em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666> 10.06.2019. BRASIL, STF, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26.08.2015, DJe nº 180, 10.09.2015.

efeitos durante o negócio jurídico processual, formulado entre o investigado e a autoridade competente. A sua finalidade principal decorre da participação do investigado no decorrer da competente ação penal, fato este que reflete diretamente na eficácia do negócio jurídico formulado. Em outras palavras, é dizer que a colaboração premiada só será efetiva e eficaz se, em juízo, perante o contraditório e a ampla defesa (dos demais corréus), o colaborador puder cumprir com o compromisso negociado e, efetivamente, apontar e esclarecer sobre a participação dos demais membros da organização criminosa, indicando e apresentando provas que sustentam e corroboram tal acusação, tornando-se verdadeiro assistente de acusação ou ainda uma espécie de “agente privado” a serviço do Estado

Nesse sentido, no sistema jurídico brasileiro, as declarações dos colaboradores durante a ação penal têm verdadeiro conteúdo probatório de eficácia relativa, onde a aferição da sua importância cabe ao Juiz, no decorrer da ação penal competente, juntamente com outras circunstâncias e provas.

Neste contexto é aferida a credibilidade das palavras do colaborador/delator, juntamente com as provas colhidas durante a fase investigatória e processual, de forma a conferir uma certa natureza a colaboração premiada.

Badaró (2015, como citado em Wunder de Alencar, 2016) reconhece que a “colaboração premiada é, tanto um meio de prova, no que diz respeito às declarações do colaborador e, portanto, diretamente valoráveis pelo Juiz, quanto um meio de obtenção de prova, a partir da necessidade de que sejam descobertos e levados ao processo outros elementos de corroboração da declaração hétero-incriminadora”.

Bittencourt e Busato (2014, p. 137) afirmam que a colaboração premiada deve “situar-se, (...) em um patamar de mero indício probatório, o qual não sendo reforçado por outros elementos de convicção, não pode gerar, ele somente, qualquer classe de sustentáculo para a condenação”.

Em outro sentido, Wunder e Carvalho (2018), apoiando-se no conceito de indícios trazido por Maria Thereza de Assis Moura, afirmaram que “as declarações do agente colaborador, por expressa previsão legal, não podem configurar o factum probans, pois, como vimos, não devem ser reconhecidas, isoladamente, como prova, ou seja, não são inquestionáveis e indubitadas. Nesse sentido, a palavra do colaborador pode caracterizar apenas uma daquelas chamadas circunstâncias que, agregadas ao factum probans, permitem a conclusão acerca do factum probandum.”³⁵.

A relatividade da palavra do colaborador também permite que a mesma sirva de elemento componente de um sentimento “onde se denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado ou mais difícil, ou porque esperam obter tratamento menos rigoroso, comprometendo pessoas colocadas em altas posições” (Mittermayer, 2008, p. 295), com sua eficácia ligada à construção de circunstâncias, que poderiam contribuir com a realização de um raciocínio indutivo na formação da culpa dos demais agentes da organização criminosa, mas sempre atreladas a uma prova.

Aliás, justamente por estar associada a outra prova já produzida, a própria disposição literal do artigo 4º, §16, da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013³⁶ confere à colaboração premiada, enquanto meio de prova, eficácia relativa, já que ainda há a necessidade de elemento de convicção corroborante para a condenação do delatado.

35Segundo Maria Thereza de Assis Moura, “*indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em regra, todo fato conhecido, devidamente provado, susceptível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo*”, sendo, portanto, de percepção *concluir que se os indícios partem de fatos provados e que se ligam inexoravelmente ao fato a provar*. (In: Wunder, Paulo; Carvalho, L. G. G. C.(2018) *Colaboração Premiada: justa causa para quê?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 148, p. 283-318).

36“Art. 4º...§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a necessária rejeição de denúncias, quando embasadas tão somente em relatos de colaboradores premiados, sem elementos indiciários mínimos para suporte material à imputação. Desde 12 de setembro de 2017, a questão é discutida pelo Ministro Dias Toffoli. Ao apresentar seu voto em dois Inquéritos Policiais (Inq. nº 3.980 e Inq. nº 4.118), o ao momento Presidente do Supremo Tribunal Federal expôs reflexões sobre a ausência de justa causa para a ação penal, nos casos em que inexistem elementos extrínsecos de corroboração da colaboração, onde se fez consignar que “a necessidade de existência de justa causa funciona como mecanismo para impedir, em hipótese, a ocorrência de imputação infundada, temerária, leviana, caluniosa e profundamente imoral”.³⁷

A Suprema Corte brasileira, durante o julgamento do Inq 4.074, por maioria de votos, rejeitou denúncia que se pautava exclusivamente em depoimento de colaboradores, nos termos do proferido no voto anterior do Ministro Dias Toffoli, contando com contribuições dos demais ministros sobre o tema³⁸.

O alinhamento com a referida posição se sustenta no fato de que, se os depoimentos de colaboradores não podem conduzir à condenação, quando não estiverem embasados por outras provas, também não devem autorizar a instauração de Ação Penal, devendo prevalecer o princípio da justa causa para o prosseguimento da persecução criminal como mecanismo para impedir imputações infundadas.

Nessa linha, o também ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, ao acordar com a tese, privilegiou o

³⁷STF. Inq 3983, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 3/3/2016. DJe 12/5/2016. Link: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10940248>

³⁸STF. Inq 4074, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 17/10/2018 - ATA Nº 154/2018. DJE Nº 221, divulgado em 16/10/2018. Link: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338855414&ext=.pdf>

princípio da presunção de inocência, consignando que “a desconfiança com os atos de colaboração decorre da presunção de inocência, a qual como regra probatória e de julgamento *impõe à acusação o ônus de provar a culpa, além da dúvida razoável, reproduzindo provas contra terceiros que o delator obtenha a remissão de suas penas*, ou seja, um ânimo de auto-esculpação ou de eterno-inculpação”.³⁹

No mesmo julgamento também foi tratada a questão *da convergência entre depoimentos de colaboradores*, bem como documentos produzidos de forma unilateral pelo próprio delator, tais como anotações e planilhas, ao quais igualmente não têm o condão de ensejar a justa causa para a ação penal, *devendo ser apresentadas provas externas que atestem a veracidade dos depoimentos prestados*.⁴⁰

Ainda sobre a análise que tem sido proporcionada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, a 2ª Turma de Ministros vem apresentando posicionamento firme quanto à ausência de justa causa em denúncias lastreadas tão somente na palavra de colaboradores premiados, *sem revestimento de provas idôneas de corroboração*, privilegiando o princípio constitucional do *in dubio pro reo* em todas as fases do processo penal⁴¹.

39STF. Segunda Turma. Inq 4074, Relator Min. Edson Fachin. Julgado em 14/8/2018, pendente de publicação. Transcrição livre do julgamento. Link: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338855414&ext=.pdf>

40STF. Segunda Turma. Inq 4074, Relator Min. Edson Fachin. Julgado em 14/8/2018, pendente de publicação. Transcrição livre do julgamento. Link: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338855414&ext=.pdf>

41 “INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 317, § 1º, E ART. 1º, § 4º, DA LEI Nº 9.613/98, C/C OS ARTS. 29 E 69 DO CP). DENÚNCIA. PARLAMENTARES FEDERAIS. SUPOSTO ENVOLVIMENTO EM ESQUEMA DE CORRUPÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS RELACIONADO À DIRETORIA DE ABASTECIMENTO DA PETROBRAS. VANTAGENS INDEVIDAS. SUPOSTOS RECEBIMENTOS NA FORMA DE DOAÇÕES ELEITORAIS OFICIAIS, POR INTERMÉDIO DE EMPRESAS DE FACHADA E EM ESPÉCIE. IMPUTAÇÕES CALCADAS EM DEPOIMENTOS DE RÉUS COLABORADORES. AUSÊNCIA DE PROVAS MINIMAMENTE CONSISTENTES DE CORROBORAÇÃO. FUMUS COMMISSI DELICTI NÃO DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. DENÚNCIA

Esta questão já foi consolidada na legislação italiana, sobre o tema delação/colaboração, onde os depoimentos têm de ser sempre confrontados com as declarações do “acusado conexo”, além de serem ponderados *em conjunto com outros elementos*

REJEITADA (ART. 395, III, CPP) COM RELAÇÃO AOS PARLAMENTARES FEDERAIS, COM DETERMINAÇÃO DE BAIXA DOS AUTOS AO PRIMEIRO GRAU QUANTO AO NÃO DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO. 1. A justa causa para a ação penal consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria (Inq nº 3.719/DF, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 29/10/14). 2. Na espécie, encontra-se ausente esse substrato probatório mínimo que autoriza a deflagração da ação penal. 3. Se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade. 4. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 5. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*. 6. O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria. 7. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si só, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação. 8. Como não há prova do conhecimento da suposta origem ilícita dos valores, não subsiste a imputação de corrupção passiva e fenece, por arrastamento, a de lavagem de capitais. 9. Não obstante, em sua contabilidade paralela, os colaboradores premiados tenham feito anotações pessoais que supostamente traduziriam pagamentos indevidos aos parlamentares federais, uma anotação unilateralmente feita em manuscrito particular não tem condão de corroborar, por si só, o depoimento do colaborador, ainda que para fins de recebimento da denúncia. 10. Se o depoimento do colaborador necessita ser corroborado por fontes diversas de prova, evidente que uma anotação particular dele próprio emanada não pode servir, por si só, de instrumento de validação. 11. Denúncia rejeitada quanto aos parlamentares federais, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, com determinação de baixa dos autos ao primeiro grau para as providências que se reputarem pertinentes em relação ao denunciado sem prerrogativa de foro.” Link: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314052451&ext=.pdf>

de prova aptos a atestar sua credibilidade. O Código Processual da Itália, em seu artigo 192, *commo* 3, proíbe a utilização das declarações caso não estejam amparadas por outros elementos de prova, inutilizando-as. Ao contrário da lei brasileira, na lei italiana admite-se que o elemento de corroboração possa ser constituído por outra delação, desde que as declarações acusatórias sejam convergentes, intrinsecamente atendíveis e realmente autônomas entre si (Grevi, 1993. p. 1179).

No mesmo sentido é o entendimento de Assis Moura (2001, p. 222) e Tourinho Filho (1989, p. 445), segundo o qual, para que “alguém seja acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico esteja evidenciada; que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade”.

Trata-se da identificação de requisitos processuais como verdadeira garantia constitucional, frente ao Direito Penal. Aqui evidencia-se a característica marcante do Processo Penal como Direito Constitucional aplicado⁴², reafirmando que “*o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade*” (Lopes Junior, 2017, p. 30).

Tourinho Filho (1989, p. 445), por fim, esclarece: “Para que seja possível o exercício do direito de ação penal, é indispensável que haja, nos autos do inquérito, ou nas peças de informação, ou na representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que o seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção”.

Dessa forma, é imperioso destacar de que a colaboração representa apenas uma circunstância em que, sendo um fato conhecido e provado, possa ser formado um indício.

Assim, a palavra do colaborador, sem qualquer elemento

⁴² CANOTILHO, J.J.; BRANDÃO, N. *Colaboração Premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo.* Revista de Legislação e de Jurisprudência, n. 4000, Set/Out 2016, Ano nº 146, p. 24.

externo que possa sustentar sua provável aptidão, não possui condição específica para isoladamente sustentar uma ação penal em desfavor do defendente. Ela deverá estar associada a um elemento que possa estar amparado por outra prova já existente, a fim de que, se possa, no mínimo, completar um indício.

CONCLUSÃO

Indispensável o estudo e a consideração das Políticas Públicas de Segurança, muito além de sua identificação como políticas de segurança policial ou ainda de persecução penal, reconhecendo seus amplos conceitos ligados à segurança das instituições democráticas e, no caso, da ordem social e econômica. Neste sentido, o acordo de leniência constitui importante instrumento de persecução administrativa, na proteção da ordem social e econômica, destinada a cessar a atividade ilícita e cooperar na investigação para o combate aos crimes de cartel para, em troca desta colaboração, ofertar ao leniente o benefício da isenção de multa administrativa e ainda a extinção da punibilidade.

Em linhas gerais, tal como a delação/colaboração premiada, que se apresenta na legislação brasileira como um meio de obtenção de confissão, baseado na “traição”, buscando identificar os demais participantes na prática delituosa indicada, assim também o é o acordo de leniência: um instrumento de obtenção de provas, com as mesmas características de ser completamente dissociado da moral e do Direito.

O acordo de leniência, consubstanciado na produção do termo de cessação de conduta, a luz deste estudo, não promove elementos seguros para viabilizar, por si só, uma ação penal em face de pessoas físicas identificadas nas declarações dos lenientes.

Reconhecemos que existe um elemento indireto que mantém a insegurança jurídica do acordo, ao menos para as finalidades penais a que se destina, que é o fato do leniente

entregar seus concorrentes diretos, reduzindo sua “concorrência”, apresentando possíveis evidências para que possa obter remissão de penas ou extinção da punibilidade.

Nesse sentido, à luz do devido processo penal, garantida a ampla defesa e o contraditório, quaisquer acusações, inclusive aquelas decorrentes de acordos de leniência, exigem sua submissão ao crivo da persecução investigatória, de forma a só então, confirmadas como indícios válidos e efetivamente eficazes, produzirem os efeitos desejados pelos lenientes quanto aos benefícios do acordo, bem como servirem de instrumento válido a, aliados a outros elementos fruto da regular e legítima investigação, instrumentalizarem eventual pedido de instauração de ação penal.

Considerando que, para efeitos da celebração do acordo, não existe uma análise profunda dos elementos trazidos pelos postulantes à leniência (reitere-se, produzida em sede administrativa-econômica – não policial – não investigativa – não penal), é necessário que seja submetido o devido processo penal, para só então poder ser utilizado tal qual sua pretensão, como instituto negociado, e não como instrumento passível de uma eventual manipulação, por parte de participantes a serviço de interesses exclusivamente econômicos.

Considerando o contexto do acordo de leniência e sua finalidade, é de se concluir que os elementos ali trazidos, no âmbito de seu procedimento administrativo junto ao CADE, não dispensam ou não substituem a necessária investigação penal dos fatos, para que possam ser reunidos a outros elementos idôneos, decorrentes da investigação penal, necessários a corroborar as informações prestadas por colaboradores e lenientes.

Permitir a propositura de uma ação penal somente com base em suspeitas e conjecturas não submetidas ao crivo da investigação penal, decorrentes unicamente do conteúdo dos acordos de leniência, celebrados junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, é dar validade à inversão do

ônus probatório do processo penal, subjugado o princípio constitucional da presunção de inocência.

Em termos de acordo de leniência e colaboração premiada, o processo penal não pode e não deve ser considerado como o instrumento dispensável à materialização dos efeitos penais destes institutos.

O Processo Penal deve sempre ser considerado como o Direito Constitucional aplicado; não deve ser visto apenas como instrumento para realização do Direito Penal ou ainda como instrumento para materialização das pretensões punitivas do Estado.

O Processo Penal é expressão materializada de direitos e garantias do cidadão, impedindo que o Estado Investigador, que o Estado Acusador e que o Estado Juiz, possam atuar desvinculados dos limites impostos pela dignidade humana, consagrados no devido processo legal penal, na ampla defesa, no contraditório, na presunção de inocência e nos demais princípios constitucionais que, materializados no processo penal, afastam a idéia de que a defesa e o exercício de garantias fundamentais são sinais de impunidade.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Assis Moura, M.T.R.(2001). *Justa causa para a ação penal – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais
- Badaró, G.H.R.I.(2015). *Processo Penal*, 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. (2015). *O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do art. 4º da Lei no 12.850/13*. Revista Jurídica Consulex, vol. 443.
- Bentham, J. (1907). *An introduction to de principles of morals*

- and legislation*. Clarendon press London New York and Toronto, Henry Frowde: Great Britain.
- Bitencourt, C.R.; Busato, P. C.(2014). *Comentários à Lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo, Saraiva.
- Canotilho, J.J.; BRANDÃO, N. (2016) *Colaboração Premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, n. 4000, Set/Out 2016, Ano nº 146, p. 16-38.
- Carneiro, P. C. P.(2011). *Denúncia: possibilidade de rejeição parcial conceito de justa causa*. In: TRIBUTO a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos. Organização de Marcelo Lessa BASTOS, Pierre Souto Maior Coutinho de AMORIM. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=84351>. Acesso em: 11 01. 2019. p. 459-468.
- Carvalho de Mendonça, J.X.(1993). *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Vol. I, Livro I, 2ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1933.
- Carvalho, L. G. G.C.de. (2018) *Colaboração premiada: justa causa para quê?*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 148, p. 283-318., out. 2018. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=146297>. Recuperado em: 29.03.2019.
- Castelo Branco, T.(1994). *Delação e cumplicidade criminosa*, Folha de São Paulo. Cotidiano. Data Venia, Edição 23.986.
- Choukr, F. H..(2011) *Justa causa - reflexões em torno da obra de Afrânio da Silva Jardim*. In: TRIBUTO a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos. Organização de Marcelo Lessa BASTOS, Pierre Souto Maior Coutinho de AMORIM. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em:

- <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=84351>. Recuperado em: 11 01. 2019. p. 165-181. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=85090>. Acesso em: 29.03.2019.
- Córdova, D.F; Lopes, M. R.S.(2000) *Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a lei nº 11.482/2007*. Revista de direito da concorrência. Maringá, n.18, abr./jun.2000.
- Conso, G.; Grevi, V. e Bargis, M.(2016). *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 8a ed..
- Dalla, H.; Wunder, P. (2018) *Os Benefícios legais da Colaboração Premiada*. Revista Eletrônica De Direito Processual. 19. 10.12957/Redp.2018.33460.
- Dalla, H.; Porto, J.R.S.M. (2016). *Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?* Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 13, n. 73, p. 26-48, (ago./set. 2016).
- Didier Junior, F; Bonfim, D.(2016). *Colaboração Premiada: Natureza Jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil*, p. 23-60. IN: Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 62 (out/dez - 2016) - Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.
- Ferreira Filho, M. G.(1990). *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo. Saraiva.
- Franco, A.S.(2007) *Crimes hediondos*, 6 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Garcia, N.R. (1997). *La justicia penal negociada – experiencias de derecho comparado*. Ediciones Universidad de Salamanca, 1ª ed.: Salamanca.
- Lyra, R.(1944). *Comentários ao Código de Processo Penal*, Vol. VI, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 32ª Edição.

- Grevi, V. (1991) *Le “dichiarazioni rese dal coimputato” nel nuovo Codice di Procedura Penale*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, out/dez 1991, p. 1150-1186.
- Lopes Junior, A.(2017). *Direito Processual Penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. (2017) *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3ª ed., - São Paulo: Saraiva.
- Livianu, R.(2014). *Corrupção. Incluindo a nova Lei Anticorrupção*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin.
- Martinez, A. P. (2013) *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*, São Paulo: Singular.
- Mittermayer, C.J.A. (2008), *Tratado das Provas em Direito Criminal*, 5ª edição.
- Oliveira, G.; Rodas, J. G.(2004) *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar.
- _____. (2003) *A cenoura e o porrete contra os cartéis*. Texto de 15 de novembro de 2003, Opinião Econômica, Folha de São Paulo. In: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1511200305.htm>. Acesso: 29.03.2019.
- Pereira, C.J.L.(2000) *Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada*, Juarez de Oliveira: São Paulo.
- Pereira, C.J.L. (Org.); ALMEIDA, D.(2019). *Segurança e Risco em Instituições Democráticas*, in *Segurança Pública, Instituições Democráticas e seus Elementos Históricos, Políticos e Econômicos*. São Paulo: Quartier Latim.
- Salomão, F.C.(2003) *Direito concorrencial: as condutas*, Malheiros: São Paulo.
- Santos, A.M.V. dos. (2007). *O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+10270>. Acesso em 10.06.2019.
- Sobral, I.A.E.(2001). *O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação*. *Revista do IBRAC*, São Paulo, vol. 8, n. 2, p.

131-146.

Shieber, B.(1966). *Abusos do Poder Econômico. Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Tourinho Filho, F.C.(1989). *Processo Penal – Vol.1, 11ª Ed.* São Paulo: Saraiva.

Zilli, M. A.C. (2003). *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.* São Paulo, Revista dos Tribunais.

Wunder, Paulo; Carvalho, L. G. G. C.(2018) *Colaboração Premiada: justa causa para quê?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 148, p. 283-318.