

PARECER JURÍDICO

EMENTA: PROCESSO PENAL. DELAÇÃO PREMIADA. LEI Nº 12.850/2013. QUEBRA DE ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO ACORDO.

1. CONSULTA

Cuida-se de consulta formulada pelo ilustre e conceituado advogado José Luis Oliveira Lima do Escritório de advocacia Oliveira Lima, Hungria, Dall'Acqua e Furrier Advogados, na condição de defensor do acusado Erton Medeiros Fonseca na ação penal nº 5083360-51.2014.404.7000 em trâmite perante a Justiça Federal do Paraná, integrante da denominada Operação Lavajato.

A consulta formulada em especial pela recente publicação do livro, "A "delação" ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei" de minha autoria, contém as seguintes indagações:

1. Pode o agente colaborador, que teve seu acordo de colaboração premiada quebrado em processo criminal anterior, por decisão judicial, a pedido do Ministério Público Federal, celebrar com este novo acordo tendo em vista o acordo anteriormente rescindido ou quebrado?
2. O colaborador Alberto Youssef quebrou o acordo de delação firmado no processo nº 0002414-32.2004.404.7000, que resultou em sua condenação nos autos do processo nº 5035707-53.2014.404.7000 (caso Banestado). O novo acordo agora formalizado resultante da denominada Operação Lavajato poderia

ser firmado? Seria esse novo acordo válido e eficaz no seu conteúdo e nas suas consequências legais?

Juntamente com a consulta, foram disponibilizados pelo consulente os eventos processuais necessários para a elaboração do presente parecer jurídico.

No referido trabalho, já havia feito as seguintes considerações:

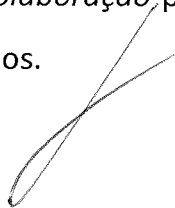
“A *“delação premiada”*, é denominação popular da chamada colaboração premiada instituída pela Lei nº 12.8501, de 2 de agosto de 2013, e fruto de progressiva formalização pelos magistrados de competência criminal ao longo de vários anos no trato da criminalidade organizada, tanto na área federal quanto na justiça estadual com inspiração no direito comparado. Para esse efeito, os juízes foram elaborando conceitos e procedimentos a partir das necessidades da prática processual que permitissem a adoção de colaboração negociada entre acusação e defesa a respeito de condutas criminosas ou ilícitos penais de acentuada gravidade, praticados por organização criminosa ou através dela. Essa colaboração, *como meio de obtenção de elementos de prova*, tem por propósito promover a rápida apuração dos ilícitos e de modo célere a aplicação das punições correspondentes em face de condutas de difícil comprovação. Nesse aspecto, vale conferir recente julgado do Supremo Tribunal Federal no *HC 90.688-PR* (Rel. Lewandowski, 1ª T, DJe 25.04.2008, maioria, *“II – Sigilo do acordo de delação que, por definição, não pode ser quebrado”*) a respeito do pretendido direito a acesso ao teor do acordo de

delação premiada. Nessa ocasião a Corte fixou entendimento de *não constituir esse documento meio de prova mas meio de obtenção dela* assim não se submetendo necessariamente ao contraditório ou ampla defesa, podendo manter-se sobre ele o sigilo às demais partes (não envolvidas no acordo) ou interessados, enquanto conveniente para a instrução ou até que a lei o dispense.

Na lei, a disciplina da *colaboração premiada* está incluída em um capítulo (Seção I Capítulo II), sujeita assim, pela técnica legislativa, aos princípios gerais dessa normativa os quais estabelecem conceitos-base de *natureza material* como organização criminosa, investigação criminal, condutas típicas e penalização correspondentes, e disposições de *ordem processual* importantes a serem respeitadas na interpretação respectiva.

Tais balizas são relevantes pois elas indicam os limites da aplicação dos institutos da lei que são excepcionais cuja disciplina, por essa razão, tem contornos claramente restritos e restritivos, especialmente na perspectiva intertemporal.

No que respeita á *colaboração premiada*, diversas disposições legais a seguir mencionadas, anteriores a esta lei nova e relacionadas com o tema, em maior ou menor grau disciplinaram *modalidades de colaboração* por parte do réu ou acusado ao longo dos últimos anos.



A Lei nº. 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro) foi a que por primeiro disciplinou o tema no art. 25 e § 2º (...“nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”).

A Lei nº. 8.072/90 (crimes hediondos) dispôs no art. 8º e § único (“o participante e o associado que denunciar a autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”).

A Lei nº. 8.137/90 (crimes tributários) estabeleceu no art. 16, § único (“nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”).

A Lei nº. 9.034/95 que trata das organizações criminosas, hoje revogada pela Lei nº. 12.850/2013, disse no art. 6º (“nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”).

Na presente Lei nº 12.850/2013, que manteve de modo geral a normativa específica – a qual, por isso, pode servir como paradigma hermenêutico para a aplicação de outras regras

assemelhadas – levou em conta especialmente a *organização criminosa* como pressuposto imprescindível de aplicação desse regime de “*delação*”.

Em todas as hipóteses legais antes enumeradas de criminalidade organizada, por tal razão, deverá ser observada a oportunidade e alcance da colaboração e seus efeitos relativamente a cada qual dos delitos nelas previstos, mas, no que respeita ao procedimento de colaboração premiada deverá ser observado o rito próprio da lei nova, respectivamente os arts. 4º a 8º da Lei nº 12.850/2013 com incidência imediata no que respeita aos aspectos processuais e nos de carácter material para os delitos praticados sob sua vigência (i.é. de 19.09.2013 em diante).

Vale sublinhar essa circunstância, decisiva para a boa aplicação da lei nova. As normas de natureza processual ou procedimental incidem de imediato e aos processos em andamento, em qualquer estágio que se encontrem, daí por diante disciplinando-os. As regras que de qualquer forma impliquem em restrição ou supressão de direito, todavia, não podem retroagir sobre qualquer deles quando já realizado ou constituído, seja de ordem material ou processual uma vez completos e gerando seus efeitos regulares. É o que resai do disposto no art. 5º, XXXVI e XL (este, por extensão, no que respeita penalidades se mais graves).

De tudo pode ser extraída a *conclusão preliminar geral* de que a *delação* ou colaboração premiada, agora disciplinada

pela lei nova, pode ser aplicada em todas as situações das leis anteriores, observados os seus respectivos pressupostos, para cada qual delito e regime de colaboração, mas tendo presente a disciplina da lei atual quando mais benéfica e mais compatível com os princípios constitucionais de ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Nessa linha de compreensão, a delação ou colaboração *constitui incidente processual especial* (prévio ou propriamente incidental) com regime e objeto próprios de cujo sistema, como se verá, podem surgir igualmente decorrências especiais e relevantes em particular pelo momento de exercício e conteúdo das revelações.

A observação relativa à *autonomia* do incidente de delação premiada tem sua razão de ser pelas consequências importantes. Como a lei permite a colaboração premiada em *qualquer fase da persecução penal*, admite logicamente todas as suas decorrências processuais e de direito material penal, algumas de modo excepcional, mas outras particularmente “subversivas” da técnica processual e dos princípios que a regulam.

Para se ter uma ideia, a delação premiada pode dar-se *após a sentença de mérito* (antes ou depois do trânsito em julgado, mas sobretudo depois) e pode acarretar, por exemplo, o perdão judicial, a redução da pena imposta, ou a substituição dela, mesmo em face de deliberações processuais consolidadas ou de preclusão ou contra ato judicial coberto por garantias

constitucionais e legais. Não parece invencível esse obstáculo formal tanto em respeito ao princípio da *verdade real* quanto da possível *flexibilização* de padrões de interpretação em favor do réu ou investigado, o que igualmente não ofende a essência da Constituição, mas provoca uma extrema relativização da coisa julgada.

Por tais razões, revela-se compatível com o sistema processual penal e de direito penal admitir-se, por via da delação premiada (observados todos os rigores da lei, obviamente), *a alteração da coisa julgada, do ato jurídico perfeito, da situação jurídica constituída em benefício do réu* inobstante prestando reverência à verdade formal com a qual se compromete. É certo que essa novidade, *em termos de processo penal*, constitui um fenômeno excepcional e, como tal, deve receber interpretação restritiva, mas não se deve recusá-lo só por suposta colisão com os padrões tradicionais. Cabe aqui, ao contrário, a compreensão abrangente dos valores constitucionais mais caros ao avanço civilizatório e à dignidade da pessoa humana, um e outro marcos de uma modalidade até então imprevista de justiça verdadeira e socialmente eficiente, em que o dever legal de penalizar o réu pode ceder ante os interesses da sociedade e do bem público.

Desse modo, o regime de *delação ou colaboração premiada* refere-se a esse universo definido, não sendo extensível a situações fora dos limites do citado conjunto legislativo, tendo em conta expressamente os *limites* de cada qual lei e o *padrão* da lei nova, quando e se aplicável às demais

disciplinas. Por essa razão, as diferentes figuras legais, que têm seu regime próprio, no que for compatível podem, ou não, ter subsídio na lei nova cabendo analisar cada caso.

Este *instituto de direito processual penal* consolidou-se e sistematizou seu processamento também à base de precedentes jurisprudenciais em casos concretos nas instâncias ordinárias, a maioria experimentados no âmbito federal nas varas federais de lavagem de dinheiro onde foram elaborados e aperfeiçoados procedimentos, cláusulas e os termos de acordo, ainda antes da lei nova alguns dos quais foram por ela incorporados.”

2. FUNDAMENTAÇÃO E CONCLUSÕES

O tema da consulta face aos termos da nova lei é inédito. É uma questão que está sendo apresentada pioneiramente ao judiciário, que sobre o assunto específico ainda não se manifestou. Não há decisões judiciais, nenhuma jurisprudência sobre o tema, e na doutrina ainda se constitui uma zona cinzenta. A elucidação desses temas será feita necessariamente pelo judiciário, pelo Ministério Público, pela defesa e pelos doutrinadores. Todos estão *“navegando em mares nunca dantes navegados”*.

Algumas considerações e conclusões, no entanto, podem ser tiradas.

Sobre esses novos institutos estão se debruçando concomitantemente todas as instâncias do judiciário, desde o primeiro grau até

o Supremo Tribunal Federal, passando às vezes pelos Tribunais de Apelação e pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de uma competência concorrente de jurisdições, dependendo do foro dos investigados/réus colaboradores, onde a análise destas questões está sendo feita.

De início, cumpre observar os requisitos necessários para que um acordo de colaboração premiada seja válido e eficaz.

A colaboração premiada está inserida no âmbito da Lei nº 12.850 de 2013, que *“define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal”*.

O termo do acordo deverá ser elaborado por escrito e conter, conforme previsão do artigo 6º da referida lei:

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Além disso, o artigo 7º determina que o pedido de homologação do acordo deve contar informações “*pormenorizadas da colaboração*”.

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

O relato da colaboração prestada pelo acusado observará os requisitos da voluntariedade e efetividade. Não há uma forma predeterminada para este relato. Todavia, deve ser detalhado e preciso, contendo todas as circunstâncias e condições em que se deu a colaboração, bem como demonstrar que as condições da lei foram atendidas.

Não há previsão na lei de um padrão de avaliação da voluntariedade e efetividade, tais requisitos devem ser construídos a partir dos resultados obtidos nos fatos concretos do caso. A efetividade pode ser apurada pelo relato da colaboração e seus resultados, que ficará a critério do Ministério Público e da Autoridade Policial fazerem o juízo de valor.

O relato da colaboração não pode, em nenhuma hipótese, omitir informações ou reservar para outro momento a revelação de dados existentes, pois o cumprimento da proposta e os benefícios acordados ao colaborador têm como pressuposto o acordo homologado, da qual obviamente o relato é parte integrante.

O relato dos fatos e a proposta do acordo constituem o primeiro momento do acordo e o termo é sua consolidação da homologação judicial.

Portando, pela lógica da lei, a proposta constitui o primeiro momento do acordo, não podendo mais haver qualquer omissão de informação a respeito dos fatos envolvidos.

Além desses requisitos formais, o *caput* do artigo 4º da Lei nº 12.850/13 estabelece outros requisitos para a legitimidade do acordo de colaboração:

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

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º 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.

O § 1º do referido artigo estabelece os elementos que devem ser levados em consideração para a concessão do benefício: (1) a personalidade do colaborador; (2) a natureza; (3) as circunstâncias; (4) a gravidade e a repercussão social do fato criminoso; e (5) a eficácia da colaboração.

Para bem responder os termos gerais da consulta é preciso adentrar nos termos do acordo, e no que ocasionou a quebra. É imprescindível analisar as origens da quebra e os efeitos desta a terceiros interessados.

Para tanto, necessário se faz que se adentre no *iter* processual. O acordo de delação feito na denominada Operação Lavajato decorre de fatos relatados em acordo anterior no denominado caso Banestado firmado pelas mesmas partes em 16/12/2003 e posteriormente decretada a sua quebra por decisão judicial.

No relatório constante da sentença condenatória, pronuncia-se o juízo quanto à quebra do acordo da seguinte maneira:

“(...) 5. Posteriormente, o acordo foi considerado quebrado pela surgimento de provas, em cognição sumária, de que Alberto Youssef teria, em violação ao acordo, voltado a delinquir. Após a quebra do acordo de delação premiada, este Juízo decretou, a pedido do MPF, a prisão preventiva de Alberto Youssef em decisão de 23/05/2014 no processo

2009.7000019131-5 (decisão de 23/05/2014 naqueles autos, cópia no evento 1, auto2).

(...)

53. De todo modo, em vista das alegações, este julgador, nos autos próprios, da delação premiada, proferiu o seguinte despacho:

'Trata-se de processo com o acordo de delação premiada do MPF com Alberto Youssef.

Na esteira dos indícios da retomada das atividades criminais de Alberto Youssef na assim denominada Operação Lavajato, os autos foram desarquivados pelo despacho de fl. 1.556. Abri vistas ao MPF por 10 dias para se manifestar. O MPF peticionou no sentido de que o acordo deveria ser considerado quebrado.

A Defesa de Alberto Youssef foi então intimada do despacho por fax e por telefone para se manifestar (fl. 1.602). Deixou transcorrer o prazo in albis.

Assim, declarei o acordo quebrado nos termos da decisão de fls. 1.604-1.606. (...)' (Grifo nosso)

A sentença condenatória proferida na ação anterior está datada de dezessete de setembro de dois mil e quatorze. Observa-se que a celebração do novo acordo de colaboração, agora efetivado no inquérito da Operação Lavajato, foi firmada em vinte e quatro de setembro de dois mil e quatorze. Frise-se, sete dias após a prolação da sentença onde consta a quebra do acordo anterior. Os fatos estão intimamente ligados e muito próximos no tempo.

Segundo a sentença proferida nos autos do processo nº 5035707-53.2014.404.7000, o acordo de então foi quebrado pelo "surgimento

de provas, em cognição sumária, de que Alberto Youssef teria, em violação ao acordo, voltado a delinquir". Esta decisão foi proferida atendendo requerimento expresso do Ministério Público Federal.

Observa-se do que se extrai da decisão condenatória:

"(...) 27. Condição necessária da manutenção do acordo consistia no afastamento de Alberto Youssef da prática de novos crimes, inclusive do mercado de câmbio negro.

28. Entretanto, em decorrência dos fatos revelados pela assim denominada Operação LavaJato, o acordo foi, a pedido do MPF, declarado quebrado por este Juízo (decisão de 06/05/2014 no processo 2004.7000002414-0, evento 29, out9), voltando este feito a tramitar.

29. Sobre os fatos verificados na Operação LavaJato, o relato constante na decisão judicial de 24/02/2014 deste Juízo no processo 5001446-62.2014.404.7000 (cópia no evento 29, out5) é suficiente neste feito. Em síntese, na assim denominada Operação LavaJato, foram colhidas provas, em cognição sumária, de que o ora acusado dedicar-se-ia habitual e profissionalmente à lavagem de dinheiro e igualmente à corrupção de agentes públicos, entre eles parlamentares federais, estes com processos já desmembrados no Supremo Tribunal Federal. (...)"

Ressalta-se do teor da sentença (itens 28 e 29), que a quebra do acordo se deu por meio de fatos revelados na Operação LavaJato, que o

colaborador voltou a praticar crimes se dedicando "*habitual e profissionalmente à lavagem de dinheiro e igualmente à corrupção de agentes públicos*".

A quebra do acordo é referida por diversas vezes ao longo da sentença (itens 5 e 28, 33, 35, 51, 52, 82, 83, 96, 101, 199 e 212).

Quando da aplicação da pena, assim se pronunciou o juízo:

"(...) 199. Alberto Youssef, conforme histórico relatado nos itens 15-29, retro, que inclui confissões de diversos crimes na colaboração firmada e ainda condenação criminal transitada em julgado (ação penal 2004.7000006806-4), é um criminoso profissional. Teve sua grande chance de abandonar o mundo do crime com o acordo de colaboração premiada, mas a desperdiçou, como indicam os fatos que levaram à rescisão do acordo. Valor negativamente, portanto, os antecedentes e a personalidade do condenado. Não se trata aqui de etiquetá-lo, mas de reconhecer seu profundo envolvimento na atividade criminal. O crime de corrupção trouxe prejuízo considerável ao Banco Banestado. O empréstimo à Jabur Toyopar de USD 1.500.000,00 não foi pago, remanescendo inadimplente o valor de USD 1.300.000,00 desde 29/03/1999, cf. item 125, retro. O crime de corrupção, além de figurar como causa do empréstimo, gerou distorções no processo democrático eleitoral, já que a vantagem indevida, de cerca de USD 130.000,00, foi desviada como recurso não-contabilizado para a campanha eleitoral, o que eleva a gravidade do crime. Reputo esta consequência extremamente grave pois a afetação do processo democrático eleitoral viola o direito da comunidade a

um sistema político livre da influência do crime. Os valores pagos como vantagem indevida, de cerca de USD 130.000,00, são também significativos, distanciando o crime de um caso de pequena corrupção. Também circunstancialmente relevante o pagamento de propina com dinheiro sujo. As demais vetoriais são neutras. Presentes pelo menos quatro vetoriais negativas, dos antecedentes (com pelo menos uma condenação criminal transitada em julgado), personalidade voltada para o crime, consequências (valor do empréstimo inadimplido com grave prejuízo à instituição pública e afetação da lisura do processo eleitoral) e circunstâncias dos crimes (valor elevado da propina e utilização de dinheiro sujo para o pagamento), reputo necessário pena elevada considerando especialmente à condição do condenado de criminoso profissional e que, tendo tido todas as condições de deixar a atividade criminal, preferiu quebrar o acordo de delação premiada, reputo necessária pena bem acima da mínima. Para o crime de corrupção, entre um mínimo de um ano e máximo de oito anos, cf. redação vigente ao tempo do fato e anterior à Lei n.º 10.763/2003, reputo adequada pena bem acima do mínimo, de três anos e seis meses de reclusão.

(...)

202. Não reconheço os benefícios da colaboração premiada. Como apontado nos item 28 e afirmado pelo MPF, o condenado quebrou o acordo da forma mais básica, omitindo informações relevantes na época do acordo, especialmente a continuidade da prática de crimes com o ex-Deputado Federal José Janene e retornando à prática delitiva. Além disso, os benefícios já foram concedidos, sem possibilidade de retorno à

situação anterior, na ação penal 2004.7000006806-4, tendo na ocasião recebido e cumprido pena bem inferior ao que recomendaria a sua culpabilidade. (...)” (Grifo nosso)

Algumas considerações devem ser feitas no tocante ao teor dos trechos acima transcritos. A sentença, ao apreciar as condições pessoais do colaborador, foi rigorosa, basta observar o seguinte trecho nela constante a respeito do colaborador: *“Teve sua grande chance de abandonar o mundo do crime com o acordo de colaboração premiada, mas a desperdiçou, como indicam os fatos que levaram à rescisão do acordo”*.

O novo acordo agora firmado pelo MPF com o colaborador, decorre das investigações da Operação LavaJato, trazendo dentre outras, as seguintes cláusulas:

(...) **Cláusula 5ª.** Considerando os antecedentes e a personalidade do COLABORADOR, bem como a gravidade dos fatos por ele praticados e a repercussão social do fato criminoso, uma vês cumpridas integralmente as condições impostas neste acordo para o recebimento dos benefícios e desde que efetivamente sejam obtidos os resultados previstos nos incisos I, II, III e IV, do atr. 4º, da Lei Federal nº 12.850/2013, o Ministério Públicos Federal (MPF) propõe ao acusado, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos revelados por intermédio da presente colaboração, os seguintes benefícios legais, cumulativamente:
(...)

§ 1º. Transcorrido o prazo de 10 (dez) anos sem a prática de fato pelo COLABORADOR que justifique a rescisão deste acordo,

voltarão a fluir os prazos prescricionais de todos os procedimentos suspensos nos termos do inciso II, até a extinção da punibilidade.

§ 2º. Ocorrendo quebra ou rescisão do acordo imputável ao COLABORADOR, voltarão a fluir todas as ações penais, inquéritos e procedimentos investigatórios suspensos.

Cláusula 10. Nos termos da cláusula 6º retro, e também como parâmetro para a avaliação dos resultados deste acordo, nos termos da cláusula 5º, § 6º, o colaborador se obriga, sem malícia ou reserva mentais, a:

(...)

i) afastar-se de suas atividades criminosas, especificamente não vindo a contribuir, de qualquer forma, com as atividades da organização criminosa investigada.

(...)

Cláusula 20. Em caso de rescisão do acordo por responsabilidade do colaborador, este perderá automaticamente direito aos benefícios que lhe forem concedidos em virtude da cooperação com o Ministério Público Federal. (...) (Grifo nosso)

A cláusula 5º, que se destina a aplicação dos benefícios, é omissa em relação à quebra do acordo originário. Não obstante, a verificação dos requisitos necessários para a celebração do acordo, em especial aos benefícios decorrentes (antecedentes, personalidade do colaborador, gravidade dos fatos por ele praticados e repercussão social do fato criminoso), deveria ocorrer no primeiro momento, antes da assinatura do acordo com o colaborador, como condição essencial de sua validade.

Dessa forma, no caso em exame, houve omissão do Ministério Público Federal em relação à rescisão de acordo de delação premiada formalizada nos autos do processo nº 0002414-32.2004.404.7000. Não há, sequer, uma menção a quebra do acordo pela prática de crime posterior, ou seja, ao descumprimento da condição necessária para a formulação do acordo e consequente obtenção de benefícios.

Como já exposto, um dos requisitos previsto no artigo 4º da Lei nº 12.850/13 é a personalidade do colaborador. No caso ora em exame, resta evidenciado que o colaborador não preenche esse requisito, deduzido da própria sentença que o condena, que aferiu negativamente sua personalidade e antecedentes criminais.

Consta do relatório da sentença condenatória antes aludida, que o Ministério Público Federal em sede de alegações finais pleiteou a condenação do colaborador e, inclusive, requereu que *“as vetoriais do art. 59 do CP devem ser consideradas desfavoráveis ao acusado, considerando sua elevada reprovabilidade”* (item 10).

O próprio acordante, Ministério Público Federal, requereu a decretação da quebra do acordo de delação no processo anterior. Apesar disso, firma novo acordo com o colaborador inconfiável sete dias depois da data em que foi proferida a sentença condenatória. Os fatos que versam sobre o novo acordo estão ligados aos anteriores.

No acordo ora em exame não há referência à quebra do acordo de delação, dele não fazendo menção o Ministério Público Federal. Apenas e tão somente na cláusula 3º é feita menção ao acordo anterior.

Cláusula 3ª. O **COLABORADOR** está sendo processado nos autos 5025687-03.2014.404.4000, 5025699-17.2014.404.7000, 5026212-82.2014.404.7000, 5047229-77.2014.404.7000, 5049898-06.2014.404.7000, 5035110-84.2014.404.7000 e 5035707-53.2014.404.7000, bem como investigado em diversos procedimentos, todos em trâmite perante a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba, pela prática de crimes contra o sistema financeiro, crimes de corrupção, crimes de peculato, crimes de lavagem de dinheiro e de organização criminosa, dentre outros, de modo que o objeto do presente acordo abrange tais efeitos e aqueles contemplados no acordo anterior.

O acordo de colaboração tem disciplina peculiar, não necessariamente relacionada com a instrução no inquérito ou a ação penal subsequente. Até porque, independe da atuação judicial, que de resto se reduz à homologação do termo e apenas no que diz respeito à liberdade, espontaneidade, das declarações, mas vocacionada a uma finalidade pública de interesse da sociedade e do Estado de esclarecimento da criminalidade organizada.

Resulta disso, apesar das possíveis facilidades ou vantagens que o investigado possa desfrutar em troca das informações que oferecer, indubitosa a ação do colaborador de entregar todas as informações relacionadas com os limites da delação premiada adremente estabelecidas entre as partes, no que o juiz não interfere.

Também é certo que aceitas as condições entre as partes, são elas irreversíveis ou o acordo estará, ou será logicamente rompido, quebrado, revogado ou rescindido, formalmente ou automaticamente.

A lei deu como pressuposto lógico a sinceridade da intenção das partes de comprometerem-se com os limites da colaboração sem reservas. Principalmente porque, a instituição desse mecanismo processual tem enorme repercussão sobre os diferentes momentos do processo ou do inquérito, e particularmente sobre o regime de execução penal e terceiros interessados e/ou atingidos pelo acordo.

Ora, essa revolução no regime e prova de dimensões imprevistas no processo tradicional deve ser absorvida com cautela e racionalidade para que não se destrua o devido processo legal assim como preserve a capacidade estatal de reação ao delito.

Como já mencionado no trabalho que escrevi:

“o termo de acordo haverá de conter também as condições da proposta do Ministério Público ou da autoridade policial (art. 6º, inciso II), minuciosamente descritas, sendo, portanto, condições relacionadas aos limites da colaboração e da voluntariedade e efetividade, isto é, da extensão e profundidade das declarações em relação às vantagens oferecidas o que constitui importante fator de avaliação dos resultados e da própria colaboração. A descrição não pode omitir condições, circunstâncias ou elementos considerados, ou porque os dados omitidos ou não indicados perderão valor

judicial ou porque não poderão ser revelados posteriormente à homologação, ao menos como revelação oriunda da delação.“

Ainda ali sustento que:

“as condições propostas devem ser claras e objetivas de modo a evitar incompreensões ou dúvidas que, existindo, repercutirão no juízo de homologação uma vez que vinculam todos os membros do MP que venham a atuar no caso. Recorde-se também que o ato de homologação, conquanto em princípio meramente formal, como todo ato judicial que de alguma forma produz efeitos jurídicos poderá ser submetido à discussão em recurso cabível, tanto nas instâncias ordinárias, quanto na via excepcional. Embora não se sujeite, nesta última via, à apreciação do conteúdo, pode ser examinada pela racionalidade e relação lógica entre relato e resultados, entre condições e colaboração, pois todos esses aspectos podem refletir-se na fixação da pena e em terceiros prejudicados e, assim, submeter-se ao exame via de habeas-corpus a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.”

Esse princípio da confiança processual decorre da natureza, limites e consequências (para o processo, principalmente) do acordo. Portanto, exclui necessariamente qualquer hipótese de abuso de direito, desvio de motivação, supressão ou omissão de informações, sendo intolerável qualquer conduta, medida ou providência que de qualquer sorte implique em violação da credibilidade de seus termos.

Esse rigor, se justifica naturalmente pela circunstância óbvia de que a negociação pelo Ministério Público envolve diretamente o interesse da sociedade – e se estabelece em seu nome – de tal forma que o interesse público, sendo inegociável, não admite a mais mínima corrupção de seus direitos.

Assim, é possível afirmar que a colaboração premiada constitui direito da parte nas condições avançadas, mas é também um direito subjetivo público da sociedade recusá-lo quando se revela incompatível, desproporcional ou inconveniente ao interesse da sociedade.

A existência de acordo anterior por qualquer forma não cumprido ou descumprido constitui impeditivo ético e lógico para novo acordo, salvo se a retratação integral com afirmação e total cumprimento dos compromissos anteriores se realizar ou integralizar comprovadamente antes da nova proposta.

E assim deve ser mesmo quando não há relação entre os fatos apurados nas duas situações. Com mais razão, se entre eles existir algum tipo ou modo de relação de autoria, de prova ou de finalidade delituosa, como ocorre no caso ora em exame. Segundo teor constante na sentença que condenou o colaborador, a rescisão do acordo se deu em decorrência de provas de que voltara a cometer crimes, colhidas na denominada Operação Lavajato, operação esta que resultou no novo acordo de delação premiada.

A justificação mostra-se imperiosa.

Primeiro porque a delação premiada é exceção especial ao processo penal devendo assim ser interpretada sempre restritivamente,

evitando que a exceção se transforme em regra; segundo, porque é inconcebível que se estabeleça com um investigado faltoso nova colaboração se da anterior restaram dúvidas ou insinceridade capazes de revelar ausência de confiança nos resultados e, sobretudo, se indícios ou evidências de burla ou fraude em prejuízo da justiça pública, ou em suma do interesse da sociedade, podendo na nova colaboração arrisca-se o interesse público a nova falta.

De qualquer sorte, a fundamentação da proposta ministerial e os demais requisitos legais da nova oferta ao colaborador com déficit de confiança, mentiroso ou omissivo de acordo anterior, devem ser particularmente detalhados com a minúcia das possíveis ressalvas em relação às vantagens e bônus ao investigado, além de instituição de cláusula expressa e precisa quanto ao atendimento dos compromissos da colaboração anterior não cumprida ou descumprida antes de qualquer nova vantagem.

É certo que a lei das organizações criminosas não estabelece essa vedação. Nesse sentido, já me pronunciei no trabalho de minha autoria:

“a lei não cogita da rescisão do acordo, em tese possível enquanto ato bilateral de convergência de vontades. Cabe, entretanto, alguma reflexão. É inegável que a homologação pressupõe, documentos, depoimentos, apurações (anexos) que a lei exige para reconhecer como válida e legitimada a delação premiada, fora do que não haverá espaço para a homologação e menos ainda para os efeitos da delação regularmente completada. Para a homologação, pois, é necessário ter reunida a robusta demonstração dos resultados que a lei elenca e, então, o ato judicial de homologação – sem cogitar de juízo

sobre o conteúdo – dirá que o acordo observou os termos formais da lei para os efeitos processuais designados.”

Surge, porém, do sistema um conjunto de preceitos que leva a essa conclusão. Na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2011), por exemplo, está prevista uma moratória (artigo 16, § 8º), durante três anos para novo acordo se o acordo de leniência não foi cumprido, o que importa em vedação total, embora limitada. Salienta-se, por oportuno, que essa lei embora inserida no âmbito civil e administrativo tem clara conotação dos conceitos, tipificação de fatos ilícito e sanções inerentes ao direito penal.

Na Lei do CADE (Lei nº 12.529/2011) igualmente se prevê uma sanção temporária para o caso de descumprimento do acordo com base no artigo 86, § 12. Essas duas leis se referem expressamente a possibilidade de descumprimento de acordo com graves consequências, embora ali denominados acordo de leniência. Na última lei, esta possibilidade e consequente restrição, aplica-se também a pessoa física, além da jurídica.

Esses breves precedentes legais que, todavia, integram um bloco de repressão aos crimes ou faltas administrativas relacionadas com improbidade, corrupção e fraudes de toda a ordem, apesar de sumários, têm entre si um parentesco muito próximo indicando que a inspiração legislativa sempre foi de impor sanções ao acordante que não honra as propostas e os compromissos, podendo ser mais ou menos rigorosas.

Note-se que a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846) é de 1º de agosto de 2013, um dia antes da edição da Lei da Organização Criminosa (Lei nº 12.850), de 2 de agosto de 2013. A denominada lei do CADE (Lei nº 12.529) é de 30 de novembro de 2011.

Portanto, a contemporaneidade das leis é evidente. E, assim, a inspiração legislativa não poderia ser diferente quanto à implementação da sanção ao acordante infiel.

Tanto a Lei do CADE quanto a Lei Anticorrupção são leis que versam sobre pessoas jurídicas, em especial de direito privado (empresas).

O sistema legal brasileiro preserva, sempre que possível, a sobrevivência econômica da empresa, cabendo ressaltar os institutos – civis/empresariais – da falência e da recuperação judicial.

A Lei nº 12.850 é lei penal, tipifica crimes, penas e procedimentos endereçados a pessoa física, não cogitando de novo acordo de colaboração premiada, caso o anterior tenha sido quebrado, não por omissão, mas por impossibilidade lógica de fazê-lo. É a dedução lógica da intenção do sistema normativo em que está integrado.

E nem poderia ser de outra forma, posto que a disposição de negociar vantagens em troca de informações não equivale a contrato ou negócio jurídico civil. Pelo contrário, como favor legal excepcional onde em quaisquer circunstâncias deverá prevalecer o interesse público ou o da sociedade (a justiça pública). Uma vez quebrada a confiança não há mecanismo jurídico ou processual capaz de restabelecê-lo.

A colaboração premiada se dirige ao processo penal – provavelmente a mais seria restrição que uma pessoa pode sofrer, pois afeta sua liberdade de ir e vir – a burla, a fraude, o engodo, o descumprimento ou não cumprimento em qualquer tempo das cláusulas do acordo de colaboração

premiada afetam a credibilidade das informações, com risco manifesto de vantagem indevida do colaborador, gritante ofensa terceiros prejudicados e violação direta dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Em suma, o pressuposto natural e lógico da colaboração que lhe confere a juridicidade compatível e justifica a excepcionalidade processual é que a confiança e sinceridade sejam absolutas.

Aliás, a própria ocorrência de outro delito de mesma ou diferente espécie do anteriormente objeto de colaboração, mesmo inteiramente satisfeita, deixa entrever um déficit de acordabilidade, uma vez que é ínsito a qualquer acordo de colaboração a implícita manifestação de não reincidência.

Embora a colaboração premiada não constitua uma declaração ou compromisso moral de não delinquir, ou de arrependimento, é evidente que o acordante ao propor-se facilitar o descobrimento e apuração dos crimes que assim vem a reconhecer, confessando-os, naturalmente repassa ao processo esta ideia.

Quem reconhece a falta e volta a praticá-la, se não estiver doente ou incapacitado, não pode esperar do ordenamento jurídico e principalmente do processo penal qualquer transigência ou tolerância de modo que a colaboração não poderá ser admitida e ao juiz nesse caso cabe não homologá-la.

Nessa linha, revela-se essencial que a disposição das partes na delação premiada seja absolutamente sincera e eticamente responsável, donde

Gilson Langaro Dipp

inevitavelmente surtirá para o processo e para a investigação de modo geral a certeza da confiabilidade das apurações, ou na sua falta a imprestabilidade do processo será manifesta.

Portanto a nova colaboração mostra-se imprestável por ausência de requisito subjetivo - a credibilidade do colaborador - e requisito formal - omissão de informações importantes no termo do acordo -, conseqüentemente, todos os atos e provas dela advindas também serão imprestáveis. Diante disso, a colaboração não teve o requisito de validade verificado e sua eficácia resta prejudicada.

Por todo o explanado, respondendo a primeira indagação da consulta, tendo havido decisão de quebra de acordo em colaboração anterior pelo mesmo colaborador, não poderá ser feito novo acordo, diante da ausência de sua credibilidade, requisito essencial para o instituto da colaboração premiada.

Pelas mesmas razões, no tocante a segunda indagação, não é válido e eficaz o novo acordo, como também quaisquer atos dele decorrente.

É o parecer.

Brasília, 9 de março de 2015.


GILSON LANGARO DIPP

OAB/RS 5.112