



Salo de Carvalho: Juiz pode fixar pena menor do que o teto de delação

Colocação do problema

O acordo de colaboração, homologado judicialmente após controle da legalidade, estabelece, nos termos da Lei 12.850/13, algumas garantias aos interessados. Segundo o artigo 4º, caput, do estatuto, o juiz, a requerimento das partes, poderá conceder o perdão, a redução ou a substituição da pena ou, ainda, a progressão do regime (acordo posterior à sentença), conforme o grau de eficácia da colaboração. Em sentido oposto e lógico, o descumprimento implica na supressão dos benefícios legais ou de outros prêmios negociados entre as partes.

Apesar das diretrizes específicas, inúmeros acordos realizados na operação “lava jato”, conforme amplamente divulgado pela imprensa, têm ultrapassado os limites estabelecidos na Lei 12.850/13, sobretudo *ao determinar tempo e regime de cumprimento de pena antes do final da instrução processual*.

Diferentemente da Lei 9.099/95, na Lei 12.850/13 não há previsão da negociação da pena com subsequente suspensão do processo. Assim, o colaborador, após negociar as condições do acordo, seguirá como corréu no processo e, ao final da instrução, o juiz definirá o “prêmio” nos termos do artigo 4º, parágrafo 1º.

O problema que surge da aplicação inusitada da Lei 12.850/13 nos casos da “lava jato” pode ser sintetizado na seguinte questão: *o acordo vincula a quantidade (tempo) e a qualidade (regime) da pena nas condenações futuras?*

A questão é sensível porque não há parâmetro que estabeleça regras mínimas de garantia no direito brasileiro, pois a negociação de pena não está regulada no texto legal que prevê a delação premiada.

Operação “lava jato”: aplicação anômala

No âmbito da operação “lava jato” os atores processuais têm realizado acordos que parecem extrapolar os limites estritos da lei. Isto porque os acordos fixam pena, em quantidade e qualidade, e não suspendem o processo. Assim, o acusado, após a negociação, segue na persecução criminal (concomitante ao cumprimento do acordo) e, ao final, em caso de condenação é fixada (nova?) pena. Neste cenário, “um ministro da 2ª Turma do STF, responsável pela “lava jato”, disse à reportagem [do jornal *Folha de S.Paulo*] que a lei que regula as delações não contempla esse aspecto do acordo da Odebrecht [determinação de pena]. Ele classifica o caso como ‘singular’ e diz que certamente a questão será avaliada pela corte.”[1]

A partir desta aplicação anômala do instituto da colaboração – anômala porque a Lei 12.850/13 não prevê a negociação da pena *ex ante*, repita-se –, emerge a questão posta para reflexão: *o acordo vincula o juiz?*

O problema foi antecipado na pertinente indagação de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa, em artigo elucidativamente intitulado [A Pena Fixada na Delação Premiada Vincula o Julgador na Sentença?](#) Os autores delimitam de forma clara o objeto de discussão e a conclusão parece ser bastante acertada: “a questão a ser sublinhada é? que se alguém congrega capacidade de negociar (delegados e



Ministério Público) e houve a homologação, nos termos da Lei 12.850/2013, a revisão das cláusulas de ofício será abusiva (...). Logo, no jogo da colaboração/delação premiada, o limite da pena será a homologada, sob pena de violação do *venire contra factum proprium*. Qualquer inovação deveria ser ilegal, por tomar de surpresa e revisar, de ofício, em favor do Estado, as cláusulas já acordadas e homologadas.”[2]

O raciocínio está correto: a quantidade e a qualidade homologadas judicialmente fixam um limite de garantia, não podendo a pena exceder o negociado. No entanto, os doutrinadores não enfrentaram uma segunda dimensão do problema: o juiz poderia fixar pena *aquém* daquela acordada?

Operação “lava jato”: análise de caso

Enfrentemos a questão a partir de um caso concreto: o processo 5036528-23.2015.4.04.7000, que teve tramitação na 13ª Vara Federal de Curitiba, movido pelo MPF contra, dentre outros, Alberto Youssef. O processo é de conhecimento público e a [sentença](#) está disponibilizada na web, inclusive na **ConJur**[3], motivo pelo qual não há qualquer regra de sigilo que impeça esta análise preliminar.

Em 08 de março de 2016, Sérgio F. Moro condenou Youssef pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.[4] Na decisão, após mergulhar na análise da autoria e da materialidade, afirmou a responsabilidade do colaborador e, na sequência, aplicou as penas. Na individualização, seguiu o roteiro estabelecido pelos arts. 59 e artigo 68 do Código Penal: (a) fixou, para cada delito, a quantidade de pena a partir da valoração das circunstâncias judiciais (artigo 59, caput), das atenuantes e agravantes (artigos 61 e 65) e das causas especiais de aumento e diminuição (por exemplo, artigos 317, parágrafo 1o), inclusive da continuidade (artigo 71); (b) quantificou a pena de multa; (c) reconheceu o concurso material (artigo 69), unificando as penas em 24 anos; e, posteriormente, (d) fixou o regime de cumprimento da privação de liberdade (artigo 59, III) (item 1.066 da sentença).

Todavia, após realizar toda a complexa operação de dosimetria, referiu: “essa seria a pena definitiva para Alberto Youssef, *não houvesse o acordo de colaboração* celebrado com a Procuradoria-Geral da República e homologado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.” (item 1.066, grifou-se)

Correto o argumento do julgador quando menciona que “cabe somente ao julgador conceder e dimensionar o benefício. O acordo celebrado com o Ministério Público não vincula o juiz, mas as partes às propostas acertadas.” (item 1.066) Tem razão inclusive quando ressalta que “não obstante, na apreciação desses acordos, para segurança jurídica das partes, deve o juiz agir com certa deferência, sem abdicar do controle judicial.” (item 1.066)

Em termos gerais, efetivamente parece ser esta a interpretação mais correta desses acordos *sui generis* realizados na referida operação: (a) o contrato vincula as partes, apesar de (b) o juiz possuir autonomia para determinar a amplitude e os efeitos da colaboração na fixação da pena, ou seja, (c) o acordo é um parâmetro de garantia que deve ser observado. Significa dizer que, em caso de condenação, será aplicada uma pena criminal conforme o postulado pela acusação e deduzido no pedido formulado na denúncia. Assim, além da certeza de que o benefício será revogado em caso de descumprimento, seria possível dizer (apesar de a terminologia não parecer adequada) que a condenação do réu representaria uma das *garantias do Estado* (e da sociedade) que decorrem do acordo. Note-se que os efeitos reais e simbólicos da condenação perduram mesmo se posteriormente o juiz, considerando a relevância da colaboração,



aplicar o perdão, pois haverá condenação, juízo de reprovabilidade e determinação da sanção. O que não haverá é a execução da pena (extinção da punibilidade), em razão do elevado grau de eficácia colaborativa do acusado.

Por outro lado, a *garantia do colaborador*, nos corretos termos indicados por Lopes Jr e Moraes da Rosa, estaria vinculada ao limite máximo da pena, isto é, o acordo relativo à quantidade e à forma (qualidade) da sanção estabelece um teto que não poderia ser ultrapassado pelo juiz.

Todavia, entre a revogação dos benefícios, em caso de descumprimento, ou a reprovação da conduta na condenação (*garantias do Estado*) e o máximo de pena acordado (*garantia do colaborador*) há um universo que necessariamente deve ser explorado, notadamente em decorrência do comando constitucional de individualização da pena (artigo 5º, XLVI). Significa dizer que em alguns casos a pena fixada pelo juiz poderá ser compatível com aquela acordada, mas em outros *poderá* e em outros *deverá* ficar aquém do limite negociado. Isto porque o juiz não pode simplesmente adotar as penas acertadas no acordo de colaboração premiada sem realizar a devida individualização.

Note-se que no caso Youssef o julgador cumpriu formalmente a tarefa da individualização ao quantificar a pena – embora, do ponto de vista dogmático, parecem equivocadas (a) a valoração das circunstâncias judiciais (especialmente as subjetivas), (b) a aplicação da causa especial de aumento de pena e, sobretudo, (c) o cálculo da pena-base, pois totalmente desconexo com a jurisprudência consolidada do TRF-4. Após a dosimetria, refutou o pedido de extinção da punibilidade (perdão judicial) ao considerar relevante a gravidade em concreto dos crimes praticados. Ao final, porém, o magistrado convergiu no sentido de aplicar as penas estabelecidas no acordo – “adoto, portanto, as penas acertadas no acordo de colaboração premiada” (item 1.066) –, unificando esta sanção com outras determinadas em processos distintos. Ato contínuo, suspendeu o processo.

Conforme a sentença, “Alberto Youssef já foi condenado por este Juízo (...) [em três processos]. As penas superam trinta e dois anos de reclusão. Essas decisões transitaram em julgado para a Defesa. O acordo de colaboração previu, na cláusula 5º, II, que, após o trânsito em julgado das sentenças condenatórias que somem o montante mínimo de trinta anos de prisão, os demais processos contra Alberto Youssef ficariam suspensos (...)” (item 1.066)

O procedimento é, no mínimo, inusual e curioso. Notadamente porque embora seja o mesmo Juízo, nos processos anteriores a jurisdição estaria esgotada a partir da publicação da sentença. A unificação das penas pelo concurso material (ou continuidade) e o balizamento no limite máximo da negociação, se o resultado final ultrapassasse o pactuado, caberia, salvo melhor juízo, ao magistrado da execução.

Neste aspecto, a própria suspensão do processo parece ser equivocada, pois o colaborador tem direito ao duplo grau e poderia questionar (e ao que tudo indica corretamente) os critérios de aplicação da pena. Inclusive porque eventual redução da pena – pense-se, p. ex., nos casos de nulidade da dosimetria por falta de fundamentação ou *bis in idem* –, poderia determinar, no incidente de unificação na execução, uma quantidade inferior àquela acordada.



Determinação da pena abaixo do limite acordado: breves reflexões

Se o acordo fixa um teto de garantia, restaria indagar *em quais situações as penas poderiam ser fixada abaixo do limite pactuado?*

Como se sabe, o direito penal brasileiro abandonou o sistema de penas fixas em 1940[5], sendo tarefa constitucional individualização judicial da pena. A diretriz orienta inclusive os acordos de delação, pois o artigo 4º, parágrafo 1º, da Lei 12.850/13, estabelece que “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”.

Nota-se que o princípio de refutação das penas fixas foi igualmente reafirmado na Lei 12.850/13, pois “considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial (...)” (artigo 4o, parágrafo 2o, sublinhou-se)

Em síntese: a pena acordada não define uma parâmetro fixo e intocável (tarifado). Trata-se de uma diretriz máxima que deve ser respeitada e que determina que o julgador não poderá inovar para além do acordo.[6]

Em quais circunstâncias, portanto, a pena poderia atingir quantidades abaixo do limite fixado no acordo de colaboração?

A resposta parece evidente quando se afirmou que o julgador não pode abdicar da tarefa individualizadora, substituindo-a pela adesão cega à pena estabelecida no acordo. Em observância ao princípio constitucional e às regras instrumentalizadoras dispostas no Código (artigo 59 e artigo 68), o magistrado deve realizar a dosimetria, adequando a sanção ao fato de forma a apresentar uma resposta proporcional, observando, como limite máximo, o acordado. Nada impede, portanto, que na determinação chegue a resultado inferior. Do contrário, poderiam ser criadas situações bastante graves. Não apenas porque não cabe ao Delegado ou ao Promotor individualizar a pena (o procedimento é judicial), mas porque é no contraditório que as hipóteses da denúncia são testadas (verificadas, refutadas, falseadas), inclusive em relação às circunstâncias objetivas e subjetivas que moldarão a pena.

Alguns exemplos podem auxiliar.



Imaginemos, para seguir na hipótese analisada, um caso de corrupção passiva (artigo 317, *caput*, Código Penal), no qual a pena acordada é de 12 anos de reclusão, ou seja, o máximo previsto no tipo incriminador. Como se sabe, se não houver causa de aumento (artigo 317, parágrafo 1o, Código Penal, por exemplo), a pena dificilmente chegaria ao máximo. Notadamente porque o acordo implica em confissão e esta é uma circunstância atenuante (artigo 65, III, 'd', Código Penal) que reduzirá obrigatoriamente a pena provisória. De qualquer forma, pensemos na grave situação de o juiz simplesmente reproduzir a sanção acordada (12 anos), ignorando o fato de o acusado ter completado 70 anos durante o processo. A questão que se coloca é: o juiz poderia deixar de aplicar a atenuante do artigo 65, I? Ou de forma mais contundente: o acordo legitimaria a renúncia à atenuação da pena?

A resposta constitucionalmente adequada parece ser negativa.

Os exemplos são inúmeros e o limite é a imaginação.

Pensemos em um caso em que durante a instrução, a partir de um incidente de insanidade, verifica-se que o réu, em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, não era inteiramente capaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (artigo 26, parágrafo único, Código Penal). O magistrado poderia abdicar da redução da semi-imputabilidade?

Imaginemos, ainda, os casos em que a imputação do crime consumado é inverossímil, pois o resultado não ocorreu em decorrência de circunstâncias alheias à vontade do agente (crime tentado). Seria inaplicável a redução do parágrafo do artigo 14 do código? Ou se fosse constatado que a participação do colaborador foi de menor importância, seria afastada a incidência da minorante, negando-se vigência ao artigo 29, parágrafo 1º?

O caso apresentado como referência e as questões expostas exemplificativamente são elucidativas em relação aos sérios problemas que a adesão irrestrita do juiz ao acordo pode gerar. Elucidações que permitem que não esqueçamos dos princípios que fundam o modelo de responsabilização penal previsto na Constituição.

Assim, parece ser possível concluir que a pena negociada entre as partes, nos termos da Lei 12.850/13, não exime o julgador do dever de individualização, constituindo o acordo apenas um limite máximo em relação ao tempo e à forma de cumprimento da sanção e que, nesta qualidade, deve ser respeitado. A possibilidade de fixação da pena abaixo do limite do acordo, portanto, não apenas é lícita, como imperativa nos casos em que a individualização indica uma sanção inferior como a *necessária* e *suficiente* para reprovação e prevenção do crime (artigo 59, *caput*, Código Penal).

[1] FSP, *Delatores da Odebrecht cumprirão pena sem condenação*, 05/03/2017.

[2] Lopes Jr., Aury & Moraes da Rosa, Alexandre. *A Pena Fixada na Delação Premiada Vincula o Julgador na Sentença?* in *Consultor Jurídico*, 03/03/2017 (sublinhou-se).

[3] Rodas, Sérgio. *Marcelo Odebrecht é condenado por crimes praticados durante sua gestão* in



Consultor Jurídico, 08/03/2016.

[4] Decisão disponível em <http://s.conjur.com.br><https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/sentenca-odebrecht-lava-jato.pdf>.

[5] Neste sentido, conferir Carvalho, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 398-399.

[6] Em relação ao teto, precisos os limites propostos por Lopes Jr. e Moraes da Rosa: “(...) será necessário depositar confiança de que o julgador respeite, no momento da aplicação da pena, os exatos limites do que for acordado e homologado, sem a inserção de novas modalidades, mesmo medidas cautelares como o monitoramento eletrônico, sob pena de violar a boa-fé.” (Lopes Jr., Aury & Moraes da Rosa, Alexandre. *A Pena Fixada na Delação Premiada Vincula o Julgador na Sentença?* in Consultor Jurídico, 03/03/2017)

Date Created

10/03/2017