



Andrea Marighetto: Aspectos patológicos dos acordos de delação

Acordos de colaboração premiada, por se tratar de *facto* de negócios, sintetizam o interesse do Estado de “fazer” justiça com o interesse do colaborador em “pagar” sua dívida com a sociedade, oferecendo o arrependimento de forma que a justiça possa ser “feita”.

Assim, a lei premia a cooperação, o arrependimento e a decisão de cessar a conduta delitativa e beneficia o colaborador processual e penalmente, desde que ele ajude a “fazer justiça”. Consequentemente, a ponderação entre os interesses envolvidos — públicos e privados — há de ser analisada de forma objetiva, considerando os aspectos da colaboração e do avanço na luta contra o crime. Tanto o Estado quanto o colaborador devem respeitar as regras e os princípios do Estado Democrático de Direito. Afinal, assinaram um contrato.

A regulamentação da autonomia privada que está na base dos acordos de colaboração premiada se encontra na Lei 12.850 de 2013, e não representa uma peculiaridade própria do ordenamento jurídico brasileiro. Insere-se em um quadro normativo mais complexo, de caráter transnacional.

A colaboração premiada não é um “artifício” processual para evitar a pena, mas instrumento que permite substituir a pena por uma sanção premial, concretizando um meio de formação da prova proveitoso e eficaz na luta contra o crime^[1].

É possível encontrar o conceito de sanção premial na interpretação do artigo 26 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), e do artigo 37.2 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003 (Convenção de Mérida).

A *ratio* da “sanção premial” é também acolhida — nacionalmente — (i) pela Lei 8.072 de 1990 (lei sobre os crimes hediondos); (ii) pela Lei 9.613 de 1998 (lei de lavagem de capitais); (iii) pela Lei 9.807 de 1999 (lei de proteção das testemunhas); (iv) pela Lei Federal 9.080 de 1995, sobre colaboração premiada em matéria de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional; (v) pela Lei Federal 9.269 de 1996, que alterou o artigo 159, parágrafo 4º do Código Penal; (vi) pela Lei 8.137 de 1990, sobre crimes de matéria tributária; (vii) pela Lei 9.034 de 1995, sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, hoje revogada e substituída pela Lei 12.850 de 2013, supracitada; (viii) pela Lei 12.683 de 2012 (lei sobre a lavagem de dinheiro); (ix) pela Lei Federal 11.340 de 2006, sobre crimes de repressão das drogas; (x) pela Lei 12.529 de 2011, sobre os acordos de leniência.

Os acordos de colaboração premiada, quando não forem expressamente disciplinados pela lei ou por um regulamento, seguem as regras e os princípios estabelecidos em geral pelo ordenamento jurídico e no específico pela própria teoria dos contratos.



A lei deixa claro que, através da simples proposta, o contrato não é perfeito, ainda que já inicie a produzir determinados efeitos jurídicos. O contrato é perfeito quando a proposta é aceita por seu destinatário. Até esse preciso momento, a lei permite ao proponente a faculdade de arrependimento e de retirar o quanto já proposto.

Em síntese, o contrato, ou o acordo, poderá se dizer “perfeito” unicamente quando o proponente tenha conhecimento da aceitação da proposta. Muitas vezes, o simples encontro de vontades entre as partes não é suficiente para perfeição do acordo, sendo preciso que proposta e aceitação sejam formalizados no respeito de uma determinada forma prevista pela lei: esse é também o caso dos acordos de colaboração premiada, que exigem a homologação por parte do juiz!

Todavia, a recente experiência e literatura jurídica referente a esse tipo de acordo estão evidenciando que a oferta — uma vez que seja materialmente aceita — produz efeitos jurídicos vinculantes e torna o acordo entre as partes “perfeito”, unicamente pelo fato de que o cumprimento da prestação (ou boa parte desta) é realizada através de um *facta concludentia*, ou seja, cumprimento material efetivo da própria obrigação e, portanto, mais forte e relevante que qualquer promessa de cumprimento ou formalismo requerido pela lei.

Veja-se o exemplo do dono do restaurante que, ofertando — por primeiro — o almoço, vincula-se jurídica e reciprocamente só pelo fato de o cliente ter começado a comer. Da mesma forma, o cliente de uma banca de jornais que, sem proferir palavra, entrega o dinheiro correspondente ao preço de uma revista. Assim, da mesma forma que o fato do cumprimento material da prestação (*facta concludentia*) formaliza a existência de um acordo, o mesmo exclui por si a rescisão, próprio pelo fato de [esta última] ser ato jurídico contrário a qualquer manifestação de querer manter um acordo.

Voltando ao exemplo do almoço, seria como o cliente querer rescindir o contrato enquanto está ainda comendo. O fato de almoçar — oferta de comida de um lado e aproveitamento desta comida pelo outro — (*facta concludentia*) é comportamento que explicita uma manifestação de vontade. O acordo é fechado através de um comportamento e, portanto, é perfeitamente válido e vinculante. *Mutatis mutandi*, o não cumprimento da obrigação objeto do acordo manifesta o claro entendimento da presença de um elemento patológico do acordo.

A rescisão é elemento patológico do acordo, que releva unicamente quando falta, ou seja, negado um desses recíprocos comportamentos, ou quando seja manifestada a vontade de não querer cumprir a prestação. Ao contrário, quando tiver cumprimento da prestação, a rescisão perde razão.

É singular o caso dos pré-acordos de colaboração premiada: quando, antes do acordo de colaboração, é realizado um pré-acordo com o Ministério Público, onde o sinalagma contratual se concretiza na fórmula: “Cumpridas determinadas condições (por exemplo, realizar uma ação controlada que ajude o MP a coletar provas), nasceria o Termo de Acordo, já com a Sanção Premial pre-contratada”. Realizada a ação controlada (ou seja, a formalização de um *facta concludentia*), não há como interpretar que possa se rescindir algo já realizado! Sobretudo, quando essas condições são cumpridas e o próprio termo é homologado depois pelo juiz!

Desfazer uma ação controlada é como — paradoxalmente — o dono do restaurante querer ter sua



comida devolvida nas mesmas condições de quando a apresentou ao cliente.

Esses acordos, ou pré-acordos, pelo fato de disciplinarem prestações de interesse público, em assuntos extremamente delicados e sensíveis, uma vez cumpridos materialmente, se desfeitos, podem impor um dano irremediável moral e patrimonialmente impossível a ser ressarcido!

Por isso, assim como se exige a atenção específica do juiz na fase de constituição desses acordos, exige-se também objetiva atenção em justificar judicialmente se efetivamente existem os pressupostos jurídicos e os *facta concludentia* da rescisão e, caso existam, qual forma teria que ser adotada para respeitar as expectativas e os direitos garantidos pelo Estado Democrático de Direito já adquiridos pelo colaborador, que — paradoxalmente, voltando ao exemplo do almoço — *teria que repor ao estado original a comida que já consumou*.

O ato resolutivo segue o mecanismo norma-fato-poder sobre o *an* – efeito e “consoma” um direito à modificação jurídica, que antepõe o efeito à decisão do juiz. A consequência prática é que, até a decisão do juiz, o exercício do direito (inexistente) à modificação jurídica pode criar unicamente uma “aparência” de rescisão do contrato, e consequente estado de insegurança jurídica. Essa aparência será eliminada unicamente no sucessivo acerto realizado judicialmente pelo juiz, ou seja, quando o juiz — no respeito do princípio do *justo processo* — poderá acolher ao menos a demanda de cessação dos efeitos contratuais[2].

No caso dos acordos de colaboração, o procedimento não pode ser diferente. Caso contrário, se tornaria um instrumento puramente estético, unilateral, talvez arbitrário, de “indução” à confissão, independentemente de qualquer garantia e direito do colaborador[3].

Frisa-se que, junto ao mecanismo da colaboração premiada, foram criados também instrumentos “paralelos e complementares” destinados à proteção e reintegração dos colaboradores na sociedade (veja-se a *função reabilitativa do sistema penal brasileiro*), em relação à qual [os colaboradores] assumem a responsabilidade de interromper qualquer atividade delituosa, “pagar” a própria dívida com a Justiça, com si mesmos, e com as próprias famílias, e de oferecer a própria colaboração para que as autoridades de Justiça possam combater eficientemente o crime, deixando uma sociedade melhor.

Entende-se que a eventual rescisão dos acordos de colaboração pode causar dano irreparável à parte que adimpliu substancialmente sua obrigação. Por essa razão, qualquer modificação do acordo há de ser analisada muito atentamente em um contexto de interesses públicos e privados, não podendo ser tratados unicamente como fato privado bilateral. Caso fosse tratado como fato privado bilateral, poderia gerar até uma certa arbitrariedade[4].

Uma vez que (i) os acordos são homologados pelo juiz e (ii) não existe uma disposição de lei clara sobre eventuais regras e/ou mecanismos de rescisão após da homologação[5], é de se entender que, para desconstituir o *status* de delator ou de colaborador, há de ser comprovado um objetivo inadimplemento das obrigações do acordo negocial.

Quando se rescinde um contrato de compra ou aluguel, em tese, há um empate de direitos. O dono toma seu bem de volta, e o comprador ou locatário fica com seu dinheiro. No caso do colaborador, ele já repassou seu “patrimônio” ao Estado, definitivamente. A menos que se siga a interpretação literal da lei



que veda o uso da informação pela qual não se “pagou”.

A relação arrependimento-colaboração exprime uma lógica de causa-efeito. A efetiva colaboração material é a comprovação objetiva do arrependimento, e não o contrário! O comportamento é em si um *facta concludentia*. Pelo legislador e pelas autoridades da Justiça, a funcionalidade do instituto da colaboração premiada há de ser aferida no efetivo arrependimento do colaborador, e na obtenção das informações e documentos para que as investigações possam ir adiante e o “sistema” criminoso seja completamente “desmascarado”.

Por isso, a obrigação de respeitar a boa-fé nos acordos de colaboração é exigida de forma “objetiva”, e não “subjativa”.

Isso porque, mesmo que estivesse agindo de boa-fé subjativa, ou seja, sem saber que estava descumprindo uma lei^[6], a comprovação seria superada pelo princípio geral da *ignorantia legis not excusat!* Portanto, um simples dado subjativo se traduz em uma reserva mental que em si não produz consequências jurídicas. Ainda, mesmo que instrumentalizada, a boa-fé subjativa não passaria de conjectura! A comprovação de descumprimento contratual e/ou de um crime exige provas bem mais complexas, por isso — entendemos — que, — por exemplo — em relação ao crime organizado, foram criados os próprios acordos de colaboração.

Há, ainda, que se entender que é sobretudo o fato material que deve ser analisado para verificar a culpabilidade e, conseqüentemente, o descumprimento contratual, tendo — contudo — em consideração o princípio do adimplemento substancial. Isso à luz dos interesses públicos envolvidos e identificados nos princípios fundamentais do ordenamento jurídico que chamam ao respeito do *favor rei*, ou *in dubio pro reo*.

A rescisão ou ruptura na colaboração, portanto, é materialmente impossível quando os dados da colaboração já se tornaram públicos, e os seus efeitos, produzidos. Por isso essa análise deve levar em consideração todos os aspectos de interesse público e privado envolvidos, além do problema da insegurança jurídica que uma rescisão baseada em simples deduções subjetivas e sistematizadas no respeito de uma lógica de parte — ainda que seja do Ministério Público — poderia comportar ao sistema inteiro.

De outra forma, o próprio Ministério Público não pode mais dispor daquilo que não é mais dele, porque é do interesse difuso o resultado da manifestação da sua vontade (que age unicamente para exercer um interesse público). O Ministério Público faz algo não para si, mas para o interesse difuso.

Os acordos de colaboração possuem já *por si* implícito um “anticorpo” a qualquer lógica de inadimplemento e de ruptura do relacionamento de cooperação. Consideradas a importância e o sofisticado instituto da colaboração premiada, é difícil pensar que, quando tenha plena disponibilidade objetiva a colaborar, exista um válido motivo para querer interromper a colaboração, sem cair no risco de uma arbitrariedade. Ainda mais quando o colaborador prestou e cumpriu materialmente o conteúdo do acordo, até através de *facta concludencia* irrepetíveis (veja-se o exemplo da ação controlada) e que modificaram definitivamente o status do colaborador e a sua percepção pela sociedade.

Já existindo um acordo de colaboração e sendo de interesse público a luta contra o crime, entendemos



que não pode mais o Ministério Público dele se desfazer, ao contrário, deve manter e ser utilizado e desfrutado no máximo possível, para que o combate ao crime seja efetivo.

[1] CASALI, Alípio. *A denúncia como ato ético*. Estado de Direito. Porto Alegre. 2006.

[2] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por inadimplemento do devedor*. Rio de Janeiro, AIDE, 1991; GOMES, Orlando. *Contratos*; 16ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1995; PALADINI, Mauro. *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 218 e seguintes; SIRENA, Pietro. *I recessi unilaterali*, em ROPPO, Vincenzo (a cura de) *Trattato del Contratto*, Milano, Giuffé, 2006, Vol. III, p. 127.

[3] Existe já uma literatura variegada sobre o ponto, entre os demais, veja-se em www.conjur.com.br: MELO, Valber; BROETO Filipe Maia; MENDES, Gilmar; LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre; ainda, MESQUITA NETO, Armando.

[4] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[5] A norma especifica artigo 4º, parágrafo 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Veja-se bem, a lei fala da proposta, não do acordo.

[6] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2007.

Date Created

05/07/2018