

A noção de “paraquedas dourado” deve ser inserida nas delações



Introdução

A delação premiada ainda se traduz em uma zona cinzenta na prática processual penal brasileira. A recente dedicação dos agentes públicos em fazer uso indiscriminado dessa técnica de investigação tem revelado a necessidade de melhor se compreender a dimensão desse instituto, sem se descuidar do sempre existente perigoso excesso de confiança na suposta superioridade que a posição de comprador da informação pode proporcionar[1].

A incompreensão do tema e o uso da Lei 12.850/13, divorciado das garantias constitucionais, pode conduzir à impossibilidade de se controlar o comportamento dos agentes estatais, transformando-os na próxima vítima do negócio jurídico delacional.[2] Se, já no momento da homologação, há dúvidas sobre a adequada interpretação legislativa, os procedimentos posteriores são um caminho obscuro que demandam estudo aprofundado da temática. É nesse ambiente hostil de negociações[3], que se faz necessário o estabelecimento de uma cláusula que consagre um "paraquedas dourado", de modo que assegure a expectativa de direitos inicialmente propostos.

A expressão paraquedas dourado tem origem no Direito Empresarial e administração de pessoas. Trata-se de benefícios oferecidos aos altos executivos de uma empresa para assegurar um “pouso confortável” no caso da empresa ser adquirida por outra e pretender demitir esses executivos. A ideia é evitar que o empregado seja demitido e, ao mesmo tempo, fornecer um incentivo para que o executivo permaneça na empresa que foi adquirida e lutar contra uma possível aquisição hostil.[4]

Natureza jurídica da colaboração premiada

É preciso (re)pensar a natureza jurídica da delação premiada, pois não se pode confundir a colaboração com os benefícios ou procedimentos dela decorrentes. Aparentemente, a maior parte da doutrina entende que a delação premiada tem natureza jurídica de meio de obtenção de prova[5]. O STF, a um só tempo, entende que a delação premiada é negócio jurídico e meio de obtenção de prova.[6]

Por não ocorrer com a necessária participação dialética das partes, é que o artigo 155 do CPP estabelece que é defeso ao juiz fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos. Não por outra



razão, o parágrafo 16 do artigo 3º da Lei 12.850/2013 traz regramento semelhante. E isso porque um decreto condenatório depende de provas mais extensas e robustas[7] produzidos em contraditório judicial.

A delação em si, vista em um espaço hermeticamente fechado, desprovida da oxigenação do contraditório e da ampla defesa, não é prova. Ocorre que também não pode ser considerada como mero meio de obtê-la, sob pena de ser comparada a uma simples *notitia criminis* delatada aos órgãos investigativos. A proposta de colaboração premiada já deve carrear os elementos informativos suficientes para “capturar” a mentalidade do órgão acusatório, em troca dos benefícios legais permitidos. Trata-se, pois, de uma regra da corroboração.[8]

Nessa quadra, como elemento informativo que é, ao juiz, é defeso fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação (artigo 155 do CPP), muito menos condenar com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador (parágrafo 16 do artigo 3º da Lei 12.850/2013).

Assim, a colaboração premiada é o resultado de uma negociação levada a efeito pelo delegado de polícia ou pelo Ministério Público e o colaborador, sempre acompanhado do seu defensor, que será materializada em uma proposta. Observadas essas balizas, a colaboração premiada, antes da sua homologação, é um procedimento de caráter extraprocessual. E, como tal, presentes as partes, a negociação, a proposta, a regularidade, a voluntariedade e a legalidade, entende-se, então, tratar-se de um negócio jurídico.[9]

Depois de homologada, a delação passa a ostentar a natureza de negócio jurídico processual personalíssimo. E, por ser personalíssimo, o STF não permite que o terceiro, referido pelo delator, impugne os termos da colaboração premiada, salvo se o vício da homologação da colaboração se der com violação das regras de prerrogativa de foro previstas na Constituição Federal.[10]

Daí se entender que a natureza jurídica da colaboração premiada é de negócio jurídico penal, que depende de uma relação pré-contratual pautada pelo princípio da confiança, sigilo e boa-fé, levantamento das propostas efetuadas pelas partes, assinatura do termo, homologação e o consequente cumprimento do acordo. Embora se trate de contrato penal personalíssimo, pode gerar efeitos (responsabilidade penal) em relação a terceiros, uma vez que constitui exceção legalmente prevista.[11]

A prospecção do Negócio Jurídico Criminal

Ocorre que nem sempre os termos do acordo traduzem a exata vontade das partes. É no momento da homologação judicial, que o negócio jurídico realizado entre o agente colaborador e o agente estatal passa do plano da simples existência para o plano da validade. Como negócio jurídico de natureza penal que é, a colaboração premiada firmada pelo agente colaborador, de um lado e, do outro, pelo Ministério Público, não se perfaz com a manifestação de vontade de apenas essas partes. É o juiz que, depois de homologado, poderá trazer o acordo para o plano da eficácia no momento da sentença.

Assim, de uma simples proposta de acordo bilateral (colaborador e órgão ministerial), após a homologação, passa-se para um negócio jurídico plurilateral, existente e válido, com a presença do juiz que estará apto a conceder os benefícios propostos pelo Ministério Público, se cumpridas as promessas



feitas pelo colaborador.

Como bem ressalta Streck, os direitos fundamentais possuem uma dupla faceta de proteção. Assim, se a faceta negativa diz respeito à proteção contra abusos dos poderes estatais, a faceta positiva impõe que a jurisdição constitucional efetive, de fato, uma proteção positiva, “estando os juízes e tribunais obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico”[12], sempre em conformidade com os direitos fundamentais.

se os direitos e garantias fundamentais devem ser aplicados não apenas em sentença, mas durante todo o processo, não deveria haver restrição desses direitos e garantias na fase investigatória, tendo como fundamento tão somente os elementos informativos trazidos pelo colaborador, circunstância que vem ocorrendo com certa frequência.

Trata-se da quebra das garantias com base em uma colaboração premiada por prospecção, onde, invertendo a lógica do processo penal acusatório, o magistrado decreta a prisão “para que o investigado não venha a cometer determinado delito”, agindo de forma vidente, ao invés de decretar a prisão “para impedir que o investigado continue a cometer determinado delito”, com base nas evidências existentes. Ou pior, a colaboração premiada de prospecção pode ocorrer na malfadada lógica de que “o passarinho pra cantar precisa estar preso”[13], onde são decretadas prisões preventivas projetando-se uma esperança de que o agente preso delate o modus operandi da suposta organização criminosa.

O processo penal é (deveria ser) um instrumento de retrospecto (e não de previsão), ou seja, é o instrumento necessário para se tentar reconstruir processualmente um fato já ocorrido no passado, e não um procedimento judicial para se prever todas e quaisquer atividades criminosas futuras[14]. Se se considerar a colaboração premiada como meio de obtenção de prova, com supressão de direitos fundamentais, estar-se-ia utilizando-se o processo penal como o malfadado procedimento de *fishing expedition*[15], transformando-o em um Big Brother, para buscar toda e qualquer prova com base única e exclusivamente nos elementos informativos apresentados pelo delator.

Portanto, se fragiliza o argumento de que a colaboração é “meio de”. Ora, se para a decretação da prisão é necessário a prova da existência do crime e do indício suficiente de autoria, não se sustenta essa medida de restrição da liberdade com base unicamente em um “meio de se obter prova” que, logicamente, ainda não foi obtida tão somente com a colaboração do delator.

Paraquedas dourado

Em meio às incertezas desse novel instituto, pode ocorrer de uma das partes se sentir prejudicada ou simplesmente opte (direito subjetivo) por rescindir o acordo. Há ainda a possibilidade de que os elementos informativos inicialmente prometidos não sejam devidamente cumpridos pelo delator. Enfim, questões internas ou externas ao processo podem levar à rescisão do negócio jurídico processual personalíssimo.



No âmbito do processo penal, se se pode falar em partes vulneráveis na relação contratual, essa parte seria o agente colaborador. E isso porque o agente detém as informações, porém é o órgão ministerial o titular da ação penal, que poderá oferecer os benefícios legais pelas as informações conquistadas.

Assim, o Ministério Público tem o poder demasiadamente ampliado e a discricionariedade de não efetuar um acordo de delação, ainda que o delator tenha esse direito. Afinal, pode ocorrer de o órgão de acusação estar em negociação simultânea com outros delatores e, na busca do melhor interesse da investigação, favorecer um em detrimento do outro, por motivos e mediante práticas que a jurisdição não alcança, e que sejam questionáveis em razão dos limites e da qualificação dessa atuação.[16] Nesse caso, a delação premiada unilateral, talvez, seja a cláusula dourada de maior proteção às partes, pois trata-se de mecanismo de controle de poder e de eventuais abusos na negativa de oferecimento do acordo.

A delação premiada unilateral é a concessão, em sentença, dos benefícios previstos no artigo 4.º da Lei de Organizações Criminosas, independentemente da prévia homologação do contrato penal qualificado, desde que da colaboração advenha um ou mais resultados dos incisos I a V, do mesmo artigo.[17]

Por isso, é preciso que se estabeleçam cláusulas de proteção, que funcionariam como um paraquedas dourado, nos casos de realização e rescisão do contrato penal celebrado. A própria lei de organização criminosa já estabelece uma cláusula de *golden parachute* quando determina que, no caso de retratação da proposta, as provas autoincriminatórias não poderão ser utilizadas exclusivamente em desfavor do agente colaborador.

Ocorre que somente essa garantia, desconsiderada a índole de um processo penal democrático, é insuficiente para dar total cumprimento aos princípios do *nemo tenetur se detegere*, presunção de inocência, legalidade, boa-fé e lealdade processual.

É certo que, conforme o parágrafo 10 do artigo 4º da Lei 12.850/13, as partes poderão se retratar da proposta inicialmente feita a qualquer tempo. Todavia, após a homologação do acordo transacional, a esfera de liberdade das partes é limitada aos seus termos. Desse modo, qualquer intenção unilateral sobre o não cumprimento do acordo homologado não possui qualquer efeito prático sem que antes haja a devida rescisão mediante o mesmo juízo que proferiu a decisão homologatória.

Nos termos do artigo 849 do Código Civil, a transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa. Ao passo que o seu parágrafo único estabelece que a transação não se anula por erro de direito a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes.

Em função disso, faz-se necessário pensar em institutos civilistas para serem aplicados na colaboração premiada. No Direito Civil, esse acordo só poderia ser rescindido mediante ação anulatória.[18] No processo penal, a simples manifestação de vontade da uma das partes não pode ser suficiente para a rescisão do acordo firmado.

É dizer, não pode haver uma rescisão unilateral do acordo após a homologação. Trata-se, portanto, de mais uma cláusula que assegura um paraquedas dourado para se evitar abuso de qualquer das partes, sempre considerando a ordem de chegada de colaboração, a efetividade da contribuição e o



esclarecimento dos fatos.

Conclusão

Em razão do volume de investigações realizadas pelos órgãos de controle da República brasileira nos últimos tempos, dos indícios de prática de crime contra o patrimônio público e da vultosa quantidade de dinheiro público comprometido, a delação premiada tem sido utilizada, quase de forma rotineira.

Contudo, trata-se de um instituto jurídico que está a depender, ainda, de estudo pormenorizado, amadurecimento com a prática, cautelas na elaboração dos termos do contrato e observância obrigatória dos direitos e garantias fundamentais, dadas as suas variadas facetas.

Assim, no que diz respeito ao uso do denominado paraquedas dourado, sem a pretensão de esgotar a matéria e vislumbrando a necessidade de um estudo aprofundado sobre o tema, acreditamos que a inserção de cláusulas de paraquedas dourado nos contratos penais que envolvem a colaboração premiada, para assegurar um “pouso suave” às partes envolvidas, trará mais segurança jurídica ao instituto da colaboração. Isso porque o desenvolvimento do processo penal não pode significar o desrespeito aos direitos e garantias penais de status constitucional. Afinal, a evolução do sistema penal é marcada pelo modo que o Estado respeita os direitos dos cidadãos no processo penal.

[1] ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018. p. 16

[2] TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial*. Trad. Sérgio Fernando Moro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 2007

[3] Notícias dão conta de que a Procuradora-Geral da República pretende rever acordos firmados com base em uma alegada “má-fé” do agente colaborador. <https://www.jota.info/stf/do-supremo/dodge-vai-apurar-omissao-na-delacao-de-delcidio-e-pode-abrir-revisao-do-acordo-25052018>

[4] Decenzo, David A. / Robbins, Stephen P. / Verhulst, Susan L. *Fundamentos da Administração de Recursos Humanos*. 11 ed. Elsevier, 2015.

[5] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4 ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodium, 2016. p. 2264

[6] É isso que se infere da ementa do acórdão referente ao julgamento do HC 127.483, onde se lê: "A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como 'meio de obtenção de prova', seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal".

[7] ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018. p. 257



[8] MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3º ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 195

[9] O negócio jurídico, na dicção do artigo 104 do Código Civil, demanda agente capaz, objeto lícito, possível determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

[10] STF. 2.ª Turma. HC 151605/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/03/2018.

[11] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 391 “Nesse sentido, concluímos que o contrato não produz efeito com relação a terceiros, a não ser nos casos previstos em lei. Temos de entender por parte contratual aquele que estipulou diretamente o contrato, esteja ligado ao vínculo negocial emergente e seja destinatário de seus efeitos finais. Por outro lado, deve ser considerado como terceiro, com relação ao contrato, quem quer que apareça estranho ao pactuado, ao vínculo e aos efeitos finais do negócio”.

[12] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3º ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 153.

[13] STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. “*O passarinho pra cantar precisa estar preso*”. *Viva a inquisição*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-pra-cantar-estar-preso-viva-inquisicao>

[14] LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1391.

[15] MELO E SILVA, Philippe Benoni. *Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação*. <http://jota.info/artigos/fishing-expedition-21012017>: “Trata-se a fishing expedition de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional”.

[16] ROSA, Alexandre Morais da. *Você sabe o que é delação premiada unilateral?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-22/limite-penal-voce-sabe-significa-delacao-premiada-unilateral> acesso em 05 de maio de 2018.

[17] ROSA, Alexandre Morais da. *Você sabe o que é delação premiada unilateral?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-22/limite-penal-voce-sabe-significa-delacao-premiada-unilateral> acesso em 05 de maio de 2018.

[18] AgRg no REsp 1.314.900-CE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/12/2012.

Date Created

01/06/2018