

Delator deve ser protegido de ações em outras áreas, diz Nicolao Dino

Pessoas e empresas que firmam acordos de delação premiada e leniência devem ser protegidas de investigações em outras esferas. Isso é o que afirmou o subprocurador-geral da República **Nicolao Dino** no seminário “O interesse público e as novas relações entre Estado e empresas”, organizado pela **ConJur**, com apoio do escritório **Warde Advogados**, no final de novembro passado.

Humberto Eduardo de Sousa



Para Nicolao Dino, é preciso centralizar os acordos de leniência, de forma que diferentes órgãos públicos não atuem de forma contraditória
Humberto Eduardo de Sousa

“Os elementos de prova que são eventualmente apresentados por alguém que está cooperando com o Estado em determinada esfera não podem ser utilizados em desfavor dessa pessoa em outra esfera de responsabilização. Seria o cúmulo da traição se nós admitíssemos o contrário. (...) Seria a desconfiança estimulada, seria a traição alimentada, se aquela prova, dada em regime de colaboração, fosse usada em desfavor, em detrimento daquela pessoa que, em outro nível, está também transacionando com o Estado.”

Além disso, Dino avaliou ser preciso centralizar os acordos de leniência, de forma que diferentes órgãos públicos não atuem de forma contraditória. Isso aumentaria a segurança jurídica desses instrumentos, apontou.

Ele também defendeu a necessidade de participação do Ministério Público em todos os acordos de leniência. "O Ministério Público é titular da ação de improbidade administrativa e, nessa condição, deve participar em todas as fases do acordo, seja para verificar e exercer a legalidade dos atos referentes ao acordo, seja para assegurar que as consequências também repercutirão nas diversas esferas de responsabilização", explicou.

Clique [aqui](#) para assistir à palestra.



Leia a transcrição:

Muito obrigado, felicito a ConJur por esse evento, cumprimento os colegas de mesa virtual, a assistência nesta tarde de segunda-feira. O tema realmente é muito provocativo, eu acho que você foi muito feliz em batizar o evento da forma como foi feita. Eu tive também a oportunidade de assistir pelo menos à segunda parte do painel anterior e percebi que algumas palavras foram colocadas com a força necessária e que, efetivamente, são significativas para o enfrentamento dessa questão. Falou-se em boa-fé, falou-se em proteção da confiança, falou-se em segurança jurídica e eu percebi na fala do meu antecessor que, subliminarmente, essas questões também se fizeram presentes. Eu acho que essas três palavras bem resumem esse debate. Como se trata, como se discute o acordo de leniência. Porque é fundamental para todas as partes envolvidas, em uma cultura de formação de consenso, a existência desses três elementos. Sem isso, não pode haver nenhum tipo de negociação exitosa.

Quando se fala especificamente em leniência não podemos deixar de considerar seu primo-irmão no processo penal, que é a colaboração premiada, e não podemos também desconsiderar, nesse contexto, a delicada questão da fragmentação organizacional do Estado quando se depara com um fato ilícito nos seguintes termos. Enquanto para a pessoa jurídica, para a empresa ou qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, enfim, que pratique um fato determinado em lei como ilícito, esse fato é uma realidade unívoca, para o Estado isso se apresenta de forma extremamente fragmentada. Ou seja, aquele fato pode ter uma tipificação no campo penal. Aquele fato pode configurar um crime, aquele fato pode configurar uma improbidade administrativa, aquele fato pode configurar um ilícito administrativo, passível de sanções no plano da investigação. O fato pode estar sujeito a sanções no plano de atuação do Tribunal de Contas da União e o fato pode configurar também infração nos termos da nova lei anticorrupção, a Lei 12.846/2013. Ou seja, há uma fragmentação organizacional e, para a pessoa que pretende, que deseja, que almeja celebrar uma leniência, um acordo, vamos chamar de consenso, para o Estado, ele tem que se dirigir, tem que dialogar com diversos atores estatais. Em outras palavras, ele tem que contar, admitir o seu pecado para diversos sacerdotes, sem o compromisso prévio de que todos vão apresentar uma solução efetiva viabilizando a ação do acordo tal como pretendido pela parte que se envolve em uma situação de ilicitude.

Isso é muito complexo, porque quando a gente fala em proteção de confiança e boa-fé, nós temos que considerar todos esses ingredientes no plano da realidade de fatos. Como, de que forma o particular vai se posicionar perante o Estado, a quem ele deve procurar primeiro, qual será a garantia de que, celebrado eventual acordo, eventual transação, no plano penal, em colaboração premiada, por exemplo, aquela prova não vai ser utilizada em seu desfavor em outra esfera de responsabilização? Qual é a segurança que o particular terá se ele celebrar um acordo de leniência nos termos da lei anticorrupção, a empresa e o seu sócio poderão vir a sofrer uma sanção à luz da lei de improbidade administrativa? Porque a própria lei anticorrupção, de forma incoerente, a meu ver, diz que as consequências decorrentes da aplicação desse diploma legal não reduz a responsabilidade à luz da Lei 8.429/1992. Ou seja, isso gera insegurança jurídica. A pessoa deseja resolver um problema, um particular, uma empresa ou a pessoa física, deseja resolver, no campo da Justiça negociável, na Justiça consensual, como hoje conhecemos, deseja viabilizar, contribuindo para uma investigação, apresentando provas e deseja obter uma imunidade, pretende legitimamente obter uma imunidade parcial ou total, mas precisa ter a segurança e a confiança de que o Estado — ela está falando com o Estado, não interessa se é a CGU, se é o Tribunal de Contas



da União, se é o Ministério Público, é o Estado com quem ela está dialogando.

Então, qual é a segurança de que essa pessoa física ou jurídica terá de acertar aqui uma leniência e não ser, figurativamente falando, apunhalada pelas costas pelo próprio Estado em face de uma outra esfera de responsabilização que se apresenta. Isso é... Eu estou sendo absolutamente sincero com todos, leal no debate, isso é um problema seríssimo para todas as partes envolvidas, tanto para os atores do Estado quanto para os particulares.

Todos nós nos encontramos diante de uma mesma realidade em que se sai de uma cultura de conflito, nos termos que nós fomos gerados e gestados no século XX, e ingressamos em uma cultura de formação de consensos, inclusive no plano sancionador. Então, para começo de conversa, nós precisamos resolver essa grave pendência quando se fala em confiança, quando se fala em segurança jurídica. Dito de outra forma, quando o particular, quando a pessoa física ou jurídica, pretende apresentar, pretende cooperar com o Estado, no sentido do alargamento, do aprofundamento da investigação e, com isso, obter um benefício sob o ponto de vista da sanção premial, sob o ponto de vista de sua impunidade, é preciso que se tenha a garantia e que o Estado tenha condições de ofertar, de forma coerente, a garantia da imunidade em todas as diversas esferas de responsabilização que o Estado tem a seu dispor. Não se pode supor que, de um lado se celebre uma transação em uma esfera e, de outra esfera, essa mesma pessoa sofra uma sanção em razão de ter colaborado com o Estado em determinada investigação.

Essa fragmentação organização, essa fragmentação estatal gera algumas perplexidades quando se fala em promoção de responsabilidades ou quando se fala em formação de consensos quando se fala na construção de um consenso no plano sancionatório. Precisamos resolver isso. De que forma nós podemos resolver isso? Há vários caminhos. Um deles, talvez o mais importante, seria deixar de forma mais clara na legislação que, quando se fala em consenso, quando se fala em formação de consenso no plano sancionatório, nós temos que trabalhar com essa ideia de uma forma transversal. Ou seja, a leniência, em sentido lato aqui, deve estar presente em todas as esferas, ela deve repercutir em todas as esferas de responsabilização à disposição do Estado. Aquele que vai colaborar, aquele que vai contribuir, aquele que vai cooperar, que vai contar seu pecado a um sacerdote, ele está falando com o Estado e o Estado globalmente considerado.

Bom, mas vocês poderiam me perguntar: de que forma, se nós temos dentro dessa fragmentação, de que forma nós vamos garantir isso se existe, no modelo da nossa estrutura, o modelo da estatal de repressão de ilícitos, de persecução e repressão, nós temos diversos atores com legitimação concomitante? No campo da improbidade administrativa, por exemplo, a União tem legitimação ativa, os entes públicos em geral, Ministério Público tem responsabilidade, tem legitimidade. Em outras esferas de responsabilização nós vamos encontrar também co-legitimações. De que forma vamos viabilizar isso? Sentando todos a uma mesa. Eu acho que é um caminho, sim, muito possível e necessário, a interlocução, o diálogo intrainstitucional, esses dois ingredientes são absolutamente fundamentais quando se trata de eliminação de contradições.

Um outro aspecto que precisa ser considerado: o Ministério Público tem uma legitimação, dentre todos os personagens que se apresentam, ele tem uma legitimação exclusiva no campo da promoção da responsabilidade penal. Essa experiência já foi vivenciada, digo isso entre parênteses, no que se refere ao



combate a práticas anticoncorrenciais, no sistema (...). Por ter o Ministério Público uma legitimação exclusiva, uma titularidade por ação penal de forma exclusiva, para que se tenha o mínimo de coerência na formação dos consensos é fundamental que esse personagem, o Ministério Público, que a intitulada ação penal, deva estar presente em todas as mesas de negociação, exatamente para evitar a contradição, para evitar a perplexidade para o particular que se vê negociando em uma esfera de negociação e, de repente, sofre uma responsabilização na outra seara de negociação. Isso não é desejável por ninguém, nem por nós, daí porque coloco na mesa essa ideia da coerência e da participação dos diversos atores, entre os quais o Ministério Público, nas rodadas de formação de consenso.

Um segundo ponto que eu coloco e que me parece extremamente importante: a prova que eventualmente é apresentada, os elementos de prova que são eventualmente apresentados por alguém que está cooperando com o Estado em determinada esfera, essa prova não pode ser utilizada em desfavor dessa pessoa na outra esfera de responsabilização. Seria o cúmulo da traição se nós admitíssemos o contrário. Há uma decisão recente — não tão recente, mas que merece ser recapitulada, é desse ano — do então juiz Sérgio Moro, indicado Ministro da Justiça, que, em determinado caso vetou, e vetou corretamente, diga-se de passagem, proibiu que uma determinada prova de uma delação premiada contra o colaborador em outra esfera de responsabilização. De certa forma a imprensa até entendeu mal, digeriu mal essa decisão e a decisão está corretíssima, porque seria a desconfiança estimulada, seria a traição alimentada, se aquela prova, dada em regime de colaboração, fosse usada em desfavor, em detrimento daquela pessoa que, em outro nível, está também transacionando com o Estado.

Mestre de cerimônias — Até porque, Nicolao, ali era uma... O governo estava agindo em defesa pessoal, porque o delator acusava o governo. O uso da prova seria, basicamente, para vingança, para retaliação.

Nicolao Dino — Seja qual for a situação, se alguém celebra acordo oferecendo algo para expandir o terreno probatório, se ele oferece algo nessa seara de investigação, para melhorar sua situação, para obter um prêmio, ele não poderá sofrer consequências a partir dessa prova que ele, voluntariamente, apresenta. Então, pelo menos esses dois aspectos, eu acho que são fundamentais para que possamos começar a pensar em consensos e a pensar naquilo que foi dito na mesa anterior: a busca da coerência, a proteção da confiança e tudo isso convergindo em uma ideia de maior eficiência do Estado e promoção, portanto, da segurança jurídica. Por ora são os comentários que eu tinha trazido. Muito obrigado.

Mestre de cerimônias — Agora vamos a fase das perguntas. Já tivemos todos os palestrantes, então eu indago se, na mesa ou na plateia, nós temos questões a apresentar. Porque eu tenho. Doutor Nicolao, nós sentimos aqui certo desconforto da parte do ministro do Tribunal de Contas da União em ver o Ministério Público Federal de uma maneira tão empenhada e isenta passar a fazer acordos de leniência. Como é que o Ministério Público Federal construiu essa possibilidade?

Nicolao Dino — É interessante contar essa história. Ela nasce de uma das medidas premiaias adotadas na força tarefa da “lava jato” em Curitiba. Um dado momento, estava em tratativas um acordo de colaboração premiada com um determinado agente público, não vou citar nomes, e apresentou-se a nós, ainda na Câmara de Combate à Corrupção, a seguinte situação: o indivíduo deseja colaborar no âmbito penal, mas ele tem receio, ele poderá sofrer uma ação de improbidade. Exatamente aquela situação que eu, em tese, tratei no início da minha fala. Como se comportar diante de uma situação dessa? Ele faz o



acordo, mas, eventualmente, outro colega estimado ou até mesmo o Ministério Público poderia, em tese, propor uma ação de improbidade administrativa em relação ao mesmo fato que tem dupla tipificação. Realmente, a situação é embaraçosa. Mais embaraçosa porque, como eu disse ainda há pouco e reafirmo, a Lei Anticorrupção prevê essa possibilidade. De uma forma absolutamente contraditória, a Lei 12.846/2013 diz que as medidas de responsabilização ali previstas não excluem... As medidas premiaias, ali no caso, a leniência ali prevista, não excluem as providências no campo da responsabilização por improbidade administrativa. Aí você volta à Lei de Improbidade Administrativa e vê lá um dispositivo que diz o seguinte: no campo da responsabilização por improbidade administrativa, é vedada a realização de transação. Isso está lá no artigo 17 da Lei 8.429, que é de 1992.

O que nós construímos e, a meu ver, a realidade impõe isso? Nós estamos diante, quando se fala em improbidade por atos de corrupção, de um microssistema anticorrupção. Esse microssistema normativo é composto por diversas disposições, diversos instrumentos normativos. A Lei de Licitações, a legislação penal, qualificado (...), a Lei de Improbidade Administrativa, a lei que trata da defesa da ordem econômica e do sistema anticoncorrencial, a Lei de Improbidade Administrativa também. Então, são vários diplomas normativos, aparentemente fragmentados, mas todos sinalizando em uma única dimensão: enfrentamento da corrupção, respostas estatais no que se refere à prática de corrupção. A isso se chama um microssistema de corrupção. Se nós estamos, de fato, trabalhando, lidando com um microssistema, a esse microssistema há de se dar uma interpretação óbvia, sistemática, coerente, unívoca.

Lembrando aqui rapidamente Bobbio, o Direito não deve propiciar interpretações colidentes. A busca da coerência é essencial na aplicação do instrumental jurídico normativo. Nós não podemos extrair de um sistema respostas contraditórias entre si, de onde se conclui que, se estamos em um microssistema anticorrupção, o negócio jurídico que se faz em um determinado campo deve se espalhar, deve irradiar em relação a todas as possíveis esferas de responsabilização, permitindo que se faça, em todas as esferas de responsabilização, medidas transacionais também no sentido de conferir imunidade total ou parcial a depender da situação concreta. Daí a construção do acordo de leniência na esfera da improbidade administrativa, mesmo na existência da lacuna normativa que se apontou.

Para nós, a conclusão inarredável é que, em se tratando de microssistema, pela própria força decorrente dessa estrutura, esse artigo 17 ao qual fiz referência, da Lei de Improbidade, se encontra derogado. Não há outra conclusão a que se chegue se não entender a necessidade de construir medidas consensuais, no sentido de aprofundamento da investigação ou da concessão de benefícios, no caso da colaboração, também no campo da improbidade administrativa. Essa é a conclusão a que se chega.

Além disso, além do alcance da leniência no campo da improbidade, a própria celebração da leniência para efeito da Lei 12.846/2013. Eu tive a oportunidade de debater com várias pessoas que aqui se encontram em momento pretérito — debater no sentido do trabalho, da construção de soluções — no sentido de eliminar algumas antinomias, algumas aparentes contradições presentes na Lei 12.846/2013. Nós sabemos que essa Lei Anticorrupção, que é de 2013, foi submetida a um processo legislativo um tanto quanto acelerado, eu diria. Todo processo legislativo que é acelerado tende a deixar alguns efeitos colaterais.

Eu vejo na Lei 12.846/2013 a necessidade de urgentes medidas de suprimento, de correção de algumas imperfeições ali presentes. Uma delas eu já mencionei, que é a possibilidade de apelação da improbidade



em face das exposições, dos fatos ali considerados ilícitos. A outra é a forma atécnica, aparentemente... Aparentemente não, concretamente contraditória quando trata dos legitimados para celebrar leniência. Ali, em uma leitura apressada, tem-se a impressão de que a leniência só valeria para as sanções administrativas, o que não é verdade. O acordo de leniência ali previsto para práticas de corrupção vale tanto para a responsabilização no campo administrativo quando para a responsabilização no campo judicial.

A outra questão que ali se põe passível de correção ou, pelo menos, de clarificação. Não se fala claramente que o Ministério Público tem autoridade para fazer acordo de leniência. Não se diz isso expressamente. Mas se diz o seguinte: há determinadas situações em que o Ministério Público pode promover a responsabilidade de outro agente público em caso de desvios ou incorreções ou imperfeições na condução de tratativas tendentes a um negócio de leniência. Ora, se o Ministério Público terá, em determinado momento, legitimação para promover a responsabilidade em face de uma tratativa tendente à leniência, isso quer dizer que ele é um personagem presente no contexto da resposta estatal no campo dos fatos, das infrações previstas naquele diploma legal. Sendo um protagonista nessas medidas de responsabilização tem ele, portanto, se ele dispõe do mais, ele pode dispor do menos. Tem ele também a legitimação para promover o acordo de leniência. Enfim, e por último, é o Ministério Público o legitimado exclusivo para a promoção da responsabilidade penal. Não se pode imaginar que um fato que se submete à leniência em uma esfera venha ensejar promoção de responsabilidade penal na outra esfera de responsabilização. Então, por tudo isso, pensando coerentemente o sistema, é necessário que se faça também a leniência com essa amplitude necessária a que eu faço referência.

Date Created

09/01/2019