

Entrevista: Nefi Cordeiro ministro do STJ



A delação premiada precisa de limites claros sobre os poderes

de negociação do Estado. Especialmente do Ministério Público. E, claro, que esses limites sejam respeitados. É o que defende o ministro Nefi Cordeiro, do Superior Tribunal de Justiça, em seu novo livro *Colaboração Premiada — caracteres, limites e controles*, que será lançado na quarta-feira (23/10), no Espaço Cultural do STJ.

Em entrevista à **ConJur**, o ministro diz que a delação premiada está banalizada. "A colaboração é um favor que o Estado é obrigado a dar para ajudar a eficiência da persecução. O que estou vendo é que a colaboração está sendo transformada em *guilty plea*, que a pessoa confessa a culpa. E colaboração premiada não é forma de confissão, é forma de obtenção de provas em situações onde o estado não consiga", afirma.

O ministro analisa ainda que o Supremo Tribunal Federal está precisando dar a palavra final em temas que nem sempre têm um bom debate doutrinário ou até jurisprudencial anterior.

Leia a entrevista:

ConJur — A delação tem sido usada corretamente?

Nefi Cordeiro — Temos muitos exemplos de eficiência e bom uso da colaboração, e a "lava jato" mostrou alguns deles. Mas o instituto tem trazido muitas dúvidas quanto à interpretação do seu procedimento, se tem limites.

ConJur — Em que sentido?

Nefi Cordeiro — Por exemplo, o Supremo reconheceu uma falha da violação ao contraditório: de ser o colaborador ouvido ao mesmo tempo nas razões finais do que aquele que é delatado. Assim, quem era delatado não tinha como rebater os pontos trazidos pelo colaborador. Vários outros pontos me parecem ainda muito perigosos.

ConJur — Pode citar alguns dos principais exemplos?

Nefi Cordeiro — Temos colaborações premiadas que se combinam e nas quais existem cláusulas prevendo que o colaborador fique com parte do produto do crime. Existem colaborações em que o acordo é para não mais investigar o colaborador e aí se abre mão de descobrir crimes que podem até ser mais graves. Ou se abre mão de perseguir, investigar familiares do colaborador por crimes que não sabemos quais são. O Ministério Público está afixando penas inventadas: regime fechado diferenciado, em que a pessoa cumpre a pena no seu domicílio, o que não é previsto no Código de Processo Penal; a execução imediata agora prevista em acordos. E aí chego a ver situações de pessoas que estão fazendo acordo e começando a cumprir pena sem nem ter sido denunciadas, e que podem ser depois absolvidos.

Enfim, estamos fazendo acordos sem limites.

ConJur — E por que o MP faz isso?

Nefi Cordeiro — Porque acha que isso gera maiores chances de acordo. E tem razão: se o réu sabe que vai ter uma pena exata, que essa pena vai ser na sua casa e pode começar a cumpri-la imediatamente, esse acordo passa a ser interessante. O réu tem medo de que, depois, o juiz determine uma pena maior e o mande para um presídio, que é local de cumprimento de regime fechado.

ConJur — Então qual o problema?

Nefi Cordeiro — O grande problema é que estamos fazendo esses procedimentos fora da lei. A lei não prevê essas possibilidades de negociação. A lei não prevê penas inventadas. Não prevê também que o MP possa fixar pena. A Lei da Organização Criminosa diz que o acordo propõe que o juiz possa reduzir a pena, mas quem fixa a pena é o juiz. E vemos muitas negociações que não seguem os limites da lei e isso me parece extremamente perigoso. O Direito Penal tem que ser regido pela lei estrita, não posso confiar no bom senso para o Direito Penal. Até consigo imaginar razoabilidade, proporcionalidade, no Direito Administrativo, no Direito Civil. Mas pena, processo, tem que seguir os limites estritos da lei. Senão colaboradores em situações muito parecidas correm o risco de ter negociações muito diferentes, de serem invenções absurdas para a maioria da sociedade.

ConJur — Invenções de que tipo?

Nefi Cordeiro — As primeiras colaborações não tinham pena exata, hoje têm. Depois surgiu a ideia de fazerem acordos em que se começava a cumprir a pena imediatamente. Isso é algo mais recente, de uns quatro anos para cá. Temos agora acordos que preveem que se o réu deixar de colaborar, as provas vão ser usadas contra eles e eles não vão ter favor nenhum. Cada vez mais vão surgindo cláusulas por essa ideia de invenção e cláusulas que podem ser altamente danosas ao processo, ao sistema acusatório e ao direito de defesa.

ConJur — E isso tudo é culpa do Ministério Público?

Nefi Cordeiro — O Ministério Público é uma instituição belíssima, com integrantes muito capacitados. Mas são seres humanos e qualquer ser humano precisa de limites e de controle. Se não tiver controles, o abuso vai acontecer. E o Brasil é enorme, onde qualquer promotor, que é humano e pode errar, pode sair inventando penas e cláusulas de acordos. Se o juiz fizer uma análise muito normal da lei na homologação, esse acordo pode sair injusto. Já vi todos os direitos reservados combinadas penas maiores que as previstas em lei.

Volta e meia se tem a discussão se não acontecem até favores exagerados.

ConJur — O senhor fala em lacunas no livro. Quais são essas lacunas?

Nefi Cordeiro — Ah, várias. O Brasil já trabalha com a colaboração premiada há uns 20 anos. Lembro, por exemplo, que o ministro Sergio Moro estava começando na vara do sistema financeiro em Curitiba e eu era desembargador federal em Porto Alegre na época de processos do Banestado. E já lá se fazia colaboração premiada,, na época era delação premiada, sem que a lei previsse nada de procedimento. Hoje a lei prevê alguns itens de procedimento. Mas não prevê, por exemplo, o que fazer em caso de resolução de acordo. A lei não prevê a questão do contraditório, que agora o Supremo previu — e o Supremo não previu apenas o direito de falar por último. O pedido de contraditório não é só de falar, mas também de provar. O delatado tem o direito de falar depois, como diz o Supremo, mas também o direito de provar depois. E isso não está sendo discutido: a lei não prevê o contraditório, não prevê mais detalhamento sobre qual é o controle de legalidade que o juiz tem de fazer, não prevê se o acordo, depois de homologado, pode ter suas cláusulas revistas. O Supremo ainda vai resolver isso, mas ainda existem muitas lacunas.

ConJur — O instituto está banalizado?

Nefi Cordeiro — Sim, estamos vivendo isso. Cheguei a ver processos em que havia quatro réus, três fizeram colaboração. Isso não é colaboração premiada. A colaboração premiada é um favor que o Estado é obrigado a dar para ajudar a eficiência da persecução. Então, numa organização criminosa, a ideia é que eu pegue o motorista, a secretária, alguém que tenha uma atuação mais periférica, para falar sobre o crime daqueles que tem uma atuação mais intensa. Se eu precisar realmente de alguém da parte de inteligência da organização criminosa, posso até pegar alguém mais alto nessa organização. Mas vai pegar uma pessoa, não 80.

ConJur — Mas isso aconteceu com bastante frequência durante a "lava jato", não?

Nefi Cordeiro — O que estou vendo é que a colaboração está sendo transformada em *guilty plea*, que a pessoa confessa a culpa. E colaboração premiada não é forma de confissão, é forma de obtenção de provas em situações em que o Estado não conseguiria. Se o Estado consegue a prova pela sua investigação, não vai fazer colaboração com ninguém. Se o Estado tem dificuldade na obtenção de provas, então pode usar a colaboração, mas moderadamente.

ConJur — Mas isso está dito na lei?

Nefi Cordeiro — Realmente, isso não está previsto na lei e deveria ter sido. Como na escuta telefônica, que a lei diz que ela deve ser subsidiária das outras formas de prova, só pode ser usada se outras provas não atingirem o mesmo resultado. Isso deveria ter sido previsto na colaboração. Mas, mesmo sem previsão legal, isso é um modo de agir: o Ministério Público pode fazer colaboração com um ou 80, é razoável que ele pense que é melhor para a sociedade punir 79 e fazer acordo com um ou dois, ou até três, de escalões diferentes. Mas não pode ser banalizado da forma que está.

ConJur — O senhor criticou acordos que permitem que o colaborador fique com uma parte do produto do crime. O Supremo não autorizou isso quando tomou aquela decisão sobre a delação do Youssef?

Nefi Cordeiro — Pois é, tem uma decisão do Supremo que diz isso mesmo. Mas não concordo. O produto do crime é coisa ilícita. Não admito que o Estado faça um contrato, um negócio jurídico de coisa ilícita. É o Estado admitir que, por interesse, pode agir ilicitamente. E o Estado não tem autorização de agir ilicitamente. Só pode combater o crime nos limites da lei. Os fins não justificam os meios no processo penal. O processo penal só é justo se produzir justiça por um meio justo. Então o produto do crime não pode ser negociado, embora já tenhamos um precedente do Supremo dizendo o contrário.

ConJur — Alguns acordos da "lava jato" também previram que os parentes de delatores não sejam investigados. Pode isso?

Nefi Cordeiro — Pois é, esse é um problema seríssimo. Não deveria poder. Agora eu não estou nem mais falando de limite da lei, estou falando da compreensão da função do Estado no Direito Penal. A sociedade não pode fazer vingança diretamente, ela deixa na mão do Estado a resposta criminal. E aí o Estado vem a fazer um acordo em que abre mão do interesse da sociedade na persecução de criminosos? Quando o Estado faz acordo com muitas pessoas, prejudica os interesses da sociedade. Quando abre mão de investigar quais são os crimes que o colaborador praticou, que sua família praticou, ele abre mão dessa resposta penal que prometeu à sociedade. E assim como digo que é preciso controle, porque tudo precisa de controle, também devemos considerar que nenhum poder existe no vácuo.

ConJur — Como assim?

Nefi Cordeiro — Se o Estado agir mal nessa negociação, se a sociedade sentir que não está sendo feita a persecução penal, esse poder não fica no vácuo. Há um risco de termos milícias, linchamentos, pessoas querendo fazer justiça com as próprias mãos porque não vão mais acreditar que o Estado vai punir criminosos. Isso não pode acontecer. Essa possibilidade de não dar uma resposta completa tem que ser usada com moderação. E deixar de descobrir crimes é um abandono à função estatal de ter a resposta penal completa e correta.

ConJur — Delatados podem questionar os acordos de delação?

Nefi Cordeiro — Esse é outro ponto em que diverjo do Supremo Tribunal Federal. O Supremo tem entendido que o acordo é sigiloso, e aí o delatado não pode impugnar.

ConJur — E por que discorda?

Nefi Cordeiro — Por duas razões: deve haver a publicidade e a ampla possibilidade de discussão do acordo. Primeiro porque o delatado é atingido pelo acordo e ele tem interesse em verificar por que o delator está falando aquelas coisas sobre ele. Mas além dele, a própria sociedade tem interesse. A função da publicidade, da transparência dos atos estatais é permitir que não só aqueles que fazem parte do processo sabiam as razões de decidir dos juízes, mas a própria sociedade, a sociedade tem direito de saber o que está sendo feito com a sua delegação de resposta penal, se estão sendo feitos bons acordos, se os acordos são razoáveis. Estou evitando falar de casos concretos e nomes, mas tivemos situações em que a mídia demonstrou uma insatisfação social enorme por acordos de não persecução de pessoas criminosos confessos. Como não vão ter pena nenhuma? Isso só pode ser verificado se a sociedade souber dos acordos. Se não souber, como haverá movimento de contestação, de crítica? Quando

tornamos o acordo sigiloso e impedimos impugnação por terceiros, impedimos que não só o delatado conheça e faça a impugnação, mas que a própria sociedade faça a fiscalização das negociações estatais do processo penal.

ConJur — O que acontece quando um acordo de delação é rescindido? As provas permanecem válidas?

Nefi Cordeiro — Essa é uma das falhas da lei. A lei prevê apenas a possibilidade do término, do encerramento do acordo pela vontade das partes, mas não prevê o que fazer nessa hipótese de rescisão do acordo. No meu livro, analiso que, se o Supremo assumiu que estamos frente à colaboração, é um negócio jurídico, temos que aplicar as regras de negócios jurídicos. Claro que estamos num processo penal, mas vamos aplicar aquilo que é compatível com o processo penal.

ConJur — Como assim?

Nefi Cordeiro — Por exemplo, o produto do crime. O artigo 185 do Código Civil diz que não se pode fazer negócio jurídico de coisa ilícita. Isso já resolveria para o processo penal. Se vamos aplicar a regra do negócio jurídico civil, não pode ter negociação do produto do crime porque o Código Civil já proíbe. Se formos usar as regras do negócio jurídico, também resolvemos essa questão da rescisão, da resolução dos contratos. Porque se formos usar uma linguagem civilista, estamos frente a um contrato bilateral, que tem vantagens e ônus para as duas partes.

Vou dar um exemplo muito simples, mas que mostraria bem como seria a solução da questão:

Se você contrata um pintor para pintar o seu apartamento e ele deixa de pintar a cozinha, você vai poder dizer a ele que não vai pagar nada? Estamos assim na colaboração premiada. Se o colaborador trouxer 70% das provas que ele prometeu, 80%, ou 30%, que seja, ele fez parte da sua obrigação e vai merecer, sim, proporcionalmente, parcela dos favores também prometidos.

ConJur — Mas hoje não funciona assim, funciona?

Nefi Cordeiro — Hoje temos opiniões jurídicas, especialmente no MP, que dizem que, além de o colaborador não ter direito a nada se ele não entregar tudo o que prometeu, mas que as provas poderão ser usadas contra ele. Ou seja, a pessoa acreditou num contrato que fez com o Estado, trouxe provas de sua culpa e de terceiros, e daqui a pouco ele não vai ter favor algum e ainda vai ser incriminado por essas provas.

Isso é violação da boa-fé, do contrato, e a solução deveria ser a mesma do que a do caso do pintor: se as partes chegarem a um acordo, está solucionado, eu vou pagar proporcionalmente à pintura do apartamento tirando o que seria equivalente à cozinha. Posso até prever uma multa, porque eu vou ter que prever a contratação de um novo pintor e isso vai me custar um pouco mais. Mas a pessoa tem direito de receber pelo serviço prestado, assim como o colaborador. Se não houver acordo, o juiz, na dosimetria da pena, independentemente de pedidos, deverá fazer uma aplicação proporcional às provas que o colaborador trouxe para o processo.

ConJur — Os benefícios dados ao delator estão vinculados a um rol taxativo ou meramente exemplificativo?

Nefi Cordeiro — Taxativo. Porque se sairmos do rol taxativo e dissermos que é exemplificativo, vamos ter de aceitar razoabilidade e bom senso. Estamos cheios de exemplos de cautelares absurdas

Lembro de uma em que o juiz mandava o réu frequentar a missa aos domingos. Não importava a religião do réu. Isso é absurdo, mas o juiz achou que era razoável, que, pela proporcionalidade, se ele podia mandar prender, ir para a missa é muito menor.

As regras de Tóquio da ONU já preveem que as cautelares são taxativas, devem ser estritamente o que prevê a lei. E aí vamos ter uma situação para quem aceita a proporcionalidade, a razoabilidade, na fixação das penas, vamos ter uma situação em que nós vamos tender a aplicar restrições temporárias cautelares, penais, taxativamente pelo limite da lei, mas restrições definitivas não. Isso é um absurdo no processo penal. No Direito Penal, lei representa o limite da ação do Estado. Não dá para fugir da lei. O juiz pode ser um gênio e inventar o melhor rito processual. Não vai poder usá-lo, se não está na lei. Estamos inventando regimes, estamos até discutindo férias em regimes.

Date Created

20/10/2019