

Opinião: Retratação e rescisão da colaboração pós-lei ‘anticrime’

A Lei 13.964/2019 trouxe avanços nos acordos de colaboração premiada, especialmente no que toca às situações de retratação e de rescisão destas avenças. Na linha do que vinha sendo delimitado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, a partir do novo texto legal, a retratação ficou assentada como a possibilidade de desistência do acordo até a sua assinatura, sendo caso de rescisão quando o acordo ocorrer após a sua homologação.



Enquanto o termo "rescisão" aparece pela primeira vez no

§17 do artigo 4º ("*O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração*"), a retratação segue prevista no §10 do mesmo dispositivo: "*As partes podem retratar-se da proposta (...)*". A delimitação conceitual é, portanto, expressa na legislação, vinculando a retratação à proposta e a rescisão ao acordo homologado.

As tratativas devem ser registradas desde o princípio e ao longo de toda a sua evolução, como manda o artigo 4º, §13, o que celebra fundamental proteção ao colaborador, especialmente contra terceiros que venham a questionar a licitude do acordo celebrado, bem como as suas circunstâncias. A lei, todavia, não é clara quanto ao destino deste material e nem mesmo sobre quem poderá acessá-lo, uma vez levantado o sigilo do acordo por decisão judicial. Em nosso juízo, as tratativas registradas e arquivadas devem ser sempre mantidas em sigilo, com acesso restrito às partes celebrantes do acordo e ao juízo homologador.

A lei também inova com relação à necessidade de justificativa à desistência dos acordos de colaboração premiada. Como defendemos anteriormente [\[1\]](#), não pode um sujeito movimentar a máquina estatal, seja um privado, seja uma autoridade pública, e depois simplesmente desistir da avença sem qualquer motivação expressa [\[2\]](#), ainda que a exigência de densidade desta justificativa mude conforme o momento em que se encontram as negociações. Ecoando tal entendimento, a lei 13.964/2019 delimitou dois marcos no âmbito da retratação: a *retratação sumária* e a *retratação com justa causa*.

Com relação à *retratação sumária*, o texto do §1º do artigo 3º-B estabelece: "*A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado*". Com relação à *retratação com justa causa* é o texto do §2º do mesmo artigo 3º-B: "*Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa*".

A lei, contudo, não disciplina os motivos para o eventual indeferimento posterior, permitindo um espaço de discricionariedade em tal ato, sendo certo que são vedadas motivações ideológicas, por exemplo, devendo pautar-se sempre a autoridade pública por critérios de impessoalidade e de objetividade [3].

Uma vez perfectibilizado o acordo, a partir de sua homologação, a desistência por uma das partes daria causa ao rompimento do negócio jurídico, constituindo modalidade de rescisão. A Lei 13.964/2019 introduziu o termo "rescisão" à Lei 12.850/2013, prevendo no artigo 4º duas hipóteses: no §17, "*o acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração*"; e no §18, "*o acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão*".

Essas duas hipóteses foram claramente espelhadas do clausulado de inúmeros acordos de colaboração celebrados previamente [4], e embora o texto legal não diga expressamente que se trata de rol exemplificativo, entendemos que deve ser esta a interpretação da norma, pois não há qualquer vedação de que os futuros acordos prevejam situações outras de rescisão.

A *omissão que dá causa à rescisão* restringe-se aos fatos ilícitos para os quais o colaborador tenha concorrido na condição de autor ou partícipe, e desde que tenham relação direta com os fatos objeto de investigação já instaurada. A lei prevê, ademais, que a omissão seja dolosa. Isso significa que o colaborador deve ter optado conscientemente por não incluir os fatos apontados em seus relatos. Restam excluídas as hipóteses de rescisão com base em omissões culposas, e firma-se a necessidade de verificação formal do agir doloso do colaborador. Com relação à segunda hipótese de rescisão prevista no artigo 4º, §18, é indispensável que o *envolvimento criminoso do colaborador* esteja vinculado diretamente aos ilícitos que compõem o acordo de colaboração firmado.

Inexiste, entretanto, previsão normativa quanto ao procedimento para verificação das circunstâncias e da consequente homologação da rescisão do acordo. Em casos já em curso, em que houve a notícia de rompimento de cláusulas acordadas, foi instaurado procedimento de verificação primeiramente no âmbito administrativo, pelo *Parquet*, submetido posteriormente ao juízo para homologação [5].

Não há dúvidas de que seja necessário um procedimento formalizado, fiscalizado e homologado judicialmente, e que todas as garantias constitucionais e processuais devem ser respeitadas, e isto independentemente da parte que der causa à rescisão contratual, sendo analisada a própria pertinência da rescisão (proporcionalidade da medida extrema) [6]. O silêncio normativo, contudo, dificulta muito a construção do procedimento que deve ser adotado e a situação é ainda pior quando quem dá causa à rescisão é a própria autoridade firmatária do acordo: seria o juízo homologador aquele com competência para instruir o feito e, havendo motivação, homologar a rescisão? Ou o próprio órgão ministerial instruiria o caso e concluiria, antes da análise do órgão homologador, pela rescisão ou não da avença?

Curiosamente, também não houve qualquer menção na nova lei às situações em que a rescisão do acordo é consequência desproporcional e a simples repactuação mostra-se suficiente ao interesse público, tratando-se dos costumeiramente chamados processos de *recall*.

Diante da retratação ou da efetiva homologação de rescisão de um acordo de colaboração premiada, há que se pensar nos seus efeitos em relação à validade e ao limite de uso das informações e provas apresentadas, assim como dos depoimentos prestados pelo colaborador. O entendimento majoritário, inclusive no STF [7], é no sentido da manutenção da higidez do material probatório contra terceiros, restando impossibilitada a utilização em desfavor do (ex)colaborador [8].

Com relação ao uso dessas informações contra o colaborador, foi mantido o texto original do artigo 4º, §10, da lei 12.850/2013: *"As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor"*. Mantida, portanto, a obscuridade com relação à expressão "exclusivamente", que permite interpretação desfavorável no que diz respeito à possibilidade de utilização das provas contra o colaborador se combinadas com outros elementos.

Na interpretação de Frederico Valdez Pereira, *"(...) as revelações e elementos com aptidão probatória produzidos pelo colaborador poderão ser utilizados contra os agentes por ele delatados, pois a lei é expressa ao vedar o uso de tais elementos em desfavor do colaborador"* [9]. Na mesma linha, para Vinícius Vasconcellos também *"(...) é incontestável que a confissão proferida pelo delator, ainda que em fase judicial, não poderá ser valorada pelo julgador, se houver retratação, sob pena de inevitável violação ao direito de não autoincriminação"* [10].

A Lei 13.964/2019 também introduziu o artigo 3-B, §6º, prevendo que, na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, este não poderá valer-se das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade. Entendemos que a utilização das provas e informações deve ser totalmente inviabilizada em caso de desistência da avença pelas autoridades públicas, independentemente da finalidade de uso, inutilizando-se as informações e provas apresentadas, salvaguardando-se, assim, a confiança e a boa-fé depositadas no Estado ao longo das tratativas.

Há uma "proibição de valoração probatória absoluta no caso do artigo 3º-B, §6º", nas palavras de Gustavo Badaró, e "uma proibição de valoração probatória relativa, só aplicável ao proponente da colaboração" na hipótese do §10 do artigo 4º, pois "(...) tais elementos continuarão passíveis de valoração perante os delatados". "(...) O §6º do artigo 3º-B da mesma lei, ao prever que o celebrante — que não é o juiz — 'não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador (...) para qualquer outra finalidade' indica uma proibição de prova em sentido lato, não só de valoração dos meios de prova, quanto de utilização das informações decorrentes dos elementos de prova obtidos" [\[11\]](#).

Não obstante a nova previsão, a alteração legislativa foi tímida quanto à utilização das provas e informações no âmbito dos acordos de colaboração desfeitos. Seguiremos, assim, amparadas no entendimento majoritário que garante máxima proteção ao (ex)colaborador e que, por segurança, deverá ser sempre reproduzido no clausulado dos próprios acordos e reafirmado pela jurisprudência [\[12\]](#), em complementação ao raso texto da lei.

É bem verdade que as questões trazidas acima não encerram a totalidade de modificações insculpidas pela chamada lei "anticrime" no texto da Lei 12.850/2013, mas são aqueles que, desde o nosso ponto de vista, mais poderão guiar o desfecho de novos casos de retratação e de rescisão dos acordos de colaboração premiada.

Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 8.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime – lei 13.964/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2019.

SARAIVA, Renata Machado; MARTINS, Luiza Farias. Retratação e rescisão dos acordos de colaboração premiada: apontamentos e preocupações. In CAVALCANTI, Fabiane; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto. (Orgs.). *Garantias Penais: estudos alusivos aos 20 anos de docência do Professor Alexandre Wunderlich*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019. pp. 523-548.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

WUNDERLICH, Alexandre; BERTONI, Felipe Faoro. Primeiras notas sobre a colaboração premiada após o Pacote Anticrime – alterações na Lei 12.850/13 pela lei 13.964/2019. In CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. *Pacote Anticrime: reformas processuais. Reflexões críticas à luz da lei 13.964/2019*. Florianópolis: EMais, 2020. pp.157-172.

[1] SARAIVA, Renata Machado; MARTINS, Luiza Farias. Retratação e rescisão dos acordos de colaboração premiada: apontamentos e preocupações. In CAVALCANTI, Fabiane; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto. (Orgs.). *Garantias Penais: estudos alusivos aos 20 anos de docência do Professor Alexandre Wunderlich*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019.p.529.

[2] "É importante referência à vedação do indeferimento imotivado, pois é direito do pretenso colaborador ter ciência das razões do não prosseguimento das tratativas do acordo". Vide: WUNDERLICH, Alexandre; BERTONI, Felipe Faoro. Primeiras notas sobre a colaboração premiada após o Pacote Anticrime – alterações na Lei 12.850/13 pela lei 13.964/2019. In CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. *Pacote Anticrime: reformas processuais. Reflexões críticas à luz da lei 13.964/2019*. Florianópolis: EMais, 2020.p.159.

[3] BADARO?, Gustavo. *Processo penal*. 8.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.531.

[4] Cláusula 26, "b" e "f" do acordo de colaboração firmado entre a PGR e o executivo Joesley Batista (PETIÇÃO 7003 STF); Cláusula 23, "b" e "f" do acordo de colaboração firmado entre o MPF e Paulo Roberto Costa (PETIÇÃO 5209 STF); e Cláusula 40ª, "b" e "f" do acordo de colaboração firmado entre o MPF e Delcídio do Amaral (PETIÇÃO 5952 STF) e Cláusula 23, "b" e "f" do acordo de colaboração firmado entre o MPF e Alberto Youssef (PETIÇÃO 5244).

[5] PETIÇÃO 7003 do STF. Também é neste sentido a Orientação Conjunta n. 1/2018 do MPF.

[6] SARAIVA, Renata Machado; MARTINS, Luiza Farias. Retratação e rescisão dos acordos de colaboração premiada: apontamentos e preocupações (...) *op.cit.*, p. 531.

[7] Inquérito 4483 QO, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2017, acórdão eletrônico DJe-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018; Inquérito 3983, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em: 03/03/2016, acórdão eletrônico DJe-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05-2016 e Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, processo eletrônico DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

[8] Nesse sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaborac?ao premiada no processo penal*.

3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.pp. 334-339; PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2019.pp. 176-179; BADARO?, Gustavo. *Processo penal (...) op.cit.* p. 532-535; Para Néfi Cordeiro, "aproveitando o estado da prova do acusado em face de terceiros – e jamais contra o próprio colaborador -, deverá fazer proporcionalmente incidir os favores de pena da dosimetria", vide: CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 56.

[9] PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. (...) *op.cit.*, p.176.

[10] Lembrando que o autor utiliza de forma ampla o termo "retratação", entendendo-o cabível também para os casos delimitados neste trabalho como sendo de "rescisão". VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. (...) *op.cit.*, p.335.

[11] BADARO?, Gustavo. *Processo penal (...) op.cit.*, p.535.

[12] Inquérito 4483 QO, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2017, acórdão eletrônico DJe-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018); Inquérito 3983, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em: 03/03/2016, acórdão ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05-2016; e HC 127483, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, processo eletrônico DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

Date Created

12/08/2020