

Edson Ribeiro

Consultoria e Advocacia Criminal

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO-PRESIDENTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Prioridade: Paciente acima de 60 anos e preso

EDSON RIBEIRO (OABRJ 46.837) e **FELIPE MACHADO CALDEIRA** (OABRJ 124.393), ambos com escritório na Rua do Carmo, 17, 11^º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, vem perante este Egrégio Tribunal, com fundamento no artigo 5^º, inciso LXVIII, da CFRB/88, e artigos 647 e 648, inciso I, do Código de Processo Penal, impetrar o presente **HABEAS CORPUS** em favor de **NESTOR CUÑAT CERVERÓ**, brasileiro, casado, portador da Carteira de Identidade nº 2427971, expedida em 10.01.1969, pelo Instituto Félix Pacheco, inscrito no CPF sob o nº 371.381.207-10, residente e domiciliado na Estrada Neusa Brizola, 800, casa 2, Itaipava, CEP: 25750-037, Rio de Janeiro, o qual, por força da homologação do acordo de delação premiada celebrado entre o Sr. Paulo Roberto Costa e o Ministério Público Federal pelo Conspícuo Ministro deste Superior Tribunal, Sr. Teori Zavaski, da petição 5209 (dentre outros procedimentos), a quem ora se aponta como autoridade coatora, em razão dos fatos e fundamentos jurídicos que passa a expor.

1. PRÉVIA E INDISPENSÁVEL JUSTIFICATIVA: COMPETÊNCIA DESTA CORTE CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DE *HABEAS CORPUS* CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO STF. REPERCUSSÃO DA DELAÇÃO PREMIADA DO SR. PAULO ROBERTO COSTA, HOMOLOGADA POR ESTE CULTO TRIBUNAL, NA ESFERA DE LIBERDADE DO PACIENTE.

O ex-diretor da Petrobras, Sr. Paulo Roberto Costa, foi o primeiro investigado pela Operação Lava Jato a firmar um acordo de delação premiada com o Ministério Público Federal, em agosto do ano passado, **após ser preso duas vezes**, fato amplamente noticiado pela imprensa¹. Tais depoimentos tornaram-se públicos por decisão do Min. Teori Zavaski, deste Culto Superior Tribunal, e funcionaram como prova para a condenação do Paciente nos autos da ação penal nº 5007326-98.2015.4.04.7000 em curso no Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná.

Apesar de não figurar como investigado ou acusado em investigação ou ação penal perante esta Nobre Corte Constitucional, é evidente seu interesse imediato no reconhecimento de vício no acordo de delação premiada do Sr. Paulo Roberto Costa, especialmente porque importará modificação na esfera de restrição de sua liberdade em eventual pedido de revisão criminal.

Conforme decidido nos autos do *habeas corpus* 127.483 julgado por esta Douta Corte Constitucional, é cabível *habeas corpus* contra decisão monocrática de Ministro deste Prestigiado Tribunal, diante da ausência de limitação prevista na Constituição, de forma que está justificada a presente impetração.

¹ Acesse a íntegra dos depoimentos da delação de Paulo Roberto Costa. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1601133-acesse-a-integra-dos-depoimentos-da-delacao-de-paulo-roberto-costa.shtml>. Acesso em: 16out2015.

2. DOS FATOS E DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. CONVITE À REFLEXÃO: REALIDADE DA OPERAÇÃO LAVA JATO. BREVES CONSIDERAÇÕES.

Tudo começou numa manhã de inverno, 17 de fevereiro de 1992, quando, com um mandado de prisão, um carro com azul piscando tinha parado no Pio Albergo Trivulzio e trouxe o Presidente, o Sr. Mario Chiesa, um membro do Partido Socialista Italiano com ambições de se tornar prefeito de Milão. Enquanto embolsou um suborno de sete milhões, metade do acordado, o proprietário de uma pequena empresa de limpeza que, como outros fornecedores, lhe pagou 10% de cada contrato, totalizaram 140 milhões².

A tão festejada operação Mãos Limpas, deflagrada na década de 90 na Itália, é tida como uma das principais referências no combate à endogamia entre o dinheiro privado e a política, que teve números bastante significativos: 4 dos principais partidos foram extintos, 2.993 pessoas foram presas – 872 empresários e 438 políticos –, 1.330 condenadas e 6.059 investigadas³.

A delação premiada – **inclusive de acusados presos, o que sofreu profundas críticas pelo Senado italiano**⁴ pós-operação Mãos Limpas, e será

2 No original: “Tutto era cominciato un mattino d'inverno, il 17 febbraio 1992, quando, con un mandato d'arresto, una vettura dal lampeggiante azzurro si era fermata al Pio Albergo Trivulzio e prelevava il presidente, l'ingegner Mario Chiesa, esponente del Partito Socialista Italiano con l'ambizione di diventare sindaco di Milano. Lo pescano mentre ha appena intascato una bustarella di sette milioni, la metà del pattuito, dal proprietario di una piccola azienda di pulizie che, come altri fornitori, deve versare il suo obolo, il 10 per cento dell'appalto che in quel caso ammontava a 140 milioni” (Enzo Biagi, *Era ieri*).

3 BARBACETTO, G.; GOMEZ, P.; TRAVAGLIO, M. *Mani pulite. La vera storia, 20 anni dopo*. Edi. Chiarelettere; 2012, p. 17.

4 Tradução livre: “Senado, 13ª legislatura - a Casa - Relatório intercalar da sessão n. 787 de 2000/02/03, a intervenção do Senador Pastore: “Eu acredito que quem acessa o papel do Judiciário é um homem como qualquer outro; por isso, eu acredito que há também uma das vestes dos juízes preguiçosos”, que têm pouco desejo de trabalhar ou “vestes distraído”, talvez por arbitragem de fora, em seguida, a partir de atividades extrajudicial, ou distraído, como aconteceu, por compromissos esportivos, para partidas de tênis e assim por diante, o que é por isso que as audiências são adiadas para atender suas necessidades pessoais. Depois, há também “togas despreparadas”, digamos assim: uma vez que existem profissionais da área jurídica ou

desenvolvido adiante – se mostrou como um poderosíssimo instrumento de produção de provas no âmbito dos crimes como corrupção, extorsão e lavagem de ativos. Um delatava cinco, que por sua vez delatavam dez e o processo gerava uma multiplicação geométrica de acusados, delatados por seus próprios antecessores, num movimento tendente ao infinito.

O recurso ao espetáculo midiático da operação foi outra característica da operação Mãos Limpas, que ganhou forte apoio popular: por meio da opinião publicada (e não pública), criava-se o senso comum, acrítico e manipulado. O cidadão seguia o rebanho acreditando, num contexto artificialmente criado, no fim das terríveis máfias italianas.

Ledo engano. O que se seguiu não foi uma República virtuosa e tudo não se passou, ao final, de um grande espetáculo populista.

comerciantes despreparados, nós podemos ter togas despreparadas; como pode haver, tem havido - e provavelmente sempre será, porque a natureza humana sendo o que é - "vestes sujas". Depois, há - não devemos silenciar a verdade histórica - as "vestes vermelhas" (...) Há uma outra categoria de togas, e concluem: "as togas desenfreadas" ou melhor, montanhista, que as vestes daqueles eles veem a justiça só como um trampolim para suas carreiras na magistratura ou fora do sistema judicial, aqueles que usam a justiça-show para seus próprios fins de publicidade, para aparecer na mídia; mas especialmente neste Senado, que tem a toga galopante mais conhecida no país, que usou como grampos de amarração e machados, a fim de subir nesta Casa sobre estes bancos, **prisão preventiva e as algemas.**" (sem destaque ou grifo no original). No original: "Senato della Repubblica, legislatura 13^o - Aula - Resoconto stenografico della seduta n. 787 del 02/03/2000, intervento del senatore Pastore: «credo che chi accede al ruolo della magistratura sia un uomo come tutti gli altri: quindi, credo che esistano anche tra i magistrati "toghe pigre", che hanno poca voglia di lavorare, oppure "toghe distratte", magari da arbitrati esterni, quindi da attività extragiudiziarie, oppure distratte, com'è capitato, da impegni sportivi, da incontri di tennis e così via, ragion per cui vengono rinviate le udienze a misura delle proprie necessità personali. Vi sono poi anche "toghe impreparate", diciamolo: come esistono professionisti impreparati od operatori giuridici impreparati, ci possono essere toghe impreparate; come ci possono essere, ci sono state - e probabilmente ci saranno sempre, perché la natura dell'uomo è quella che è - "toghe sporche". Poi ci sono - non dobbiamo tacere la verità storica - le "toghe rosse" (...) Vi è poi un'altra categoria di toghe, e concludo: le "toghe rampanti", o meglio da arrampicatore, cioè le toghe di coloro che vedono la giustizia solo come un trampolino di lancio per la loro carriera in magistratura o fuori dalla magistratura, coloro che utilizzano la giustizia-spettacolo per propri fini di pubblicità, per apparire sui media; ma soprattutto in questo Senato abbiamo la toga rampante più nota nel Paese, che ha usato come rampini e piccozze, per potersi arrampicare in quest'Aula, su questi scranni, **la carcerazione preventiva e le manette.**"

Edson Ribeiro

Consultoria e Advocacia Criminal

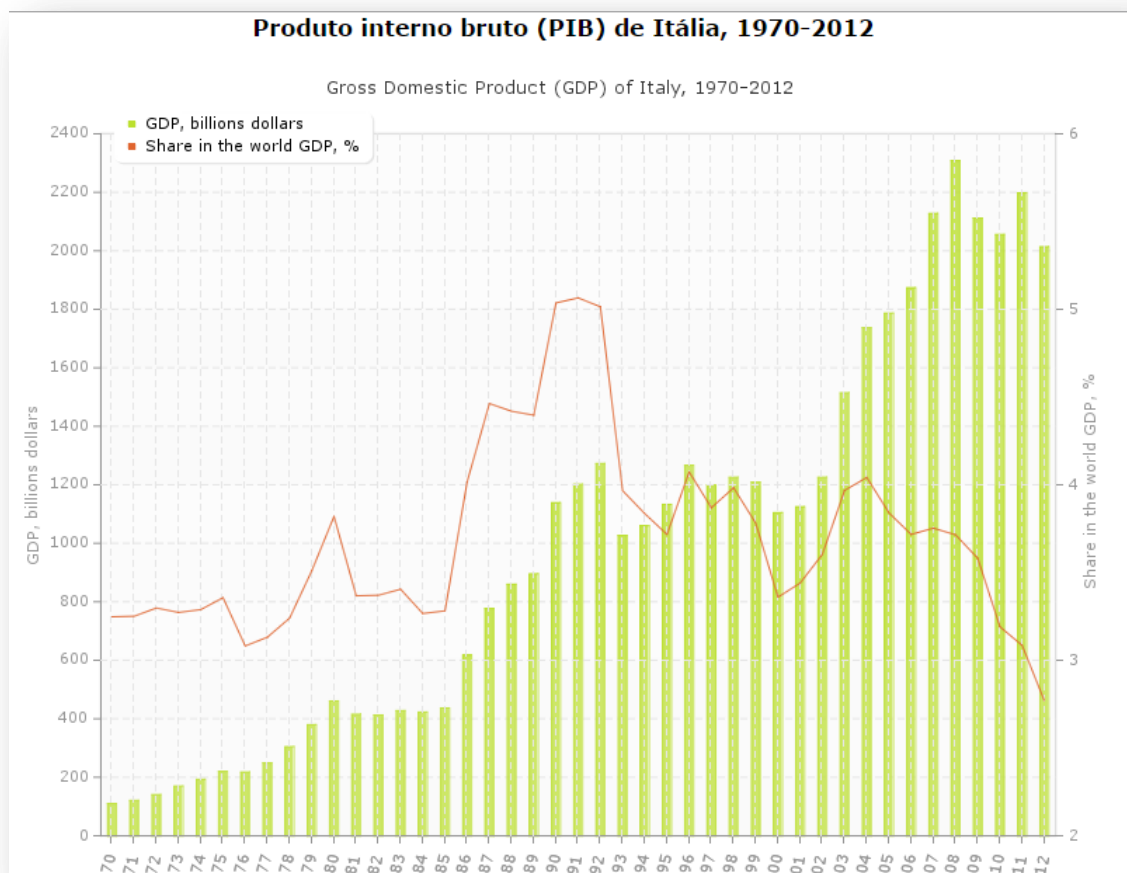
Sob o ponto de vista POLÍTICO, a operação foi um completo fracasso. A destruição do importantíssimo sistema político criado no pós-guerra, que foi responsável pela extraordinária e rápida recuperação da economia produtiva italiana, tornando-se a 5ª economia do mundo, abriu uma lacuna de poder que por pouco não acabou com a República italiana: houve tentativa do norte (“Lega Lombarda”) de se separar do sul. Além disso, este espaço vazio permitiu a ascensão de figuras políticas extremamente polêmicas como Silvio Berlusconi, bilionário controlador de boa parte dos meios de comunicação italiano e frequentemente associado à máfia italiana⁵, que ficou no poder de 1994 a 2011, alcançando-o apenas pela falta de adversários, todos eles presos, mortos ou exilados pela operação Mãos Limpas. O sistema político sofreu tantas alterações que a própria imunidade parlamentar foi relativizada ao extremo⁶ e houve intensificação do financiamento privado de campanhas políticas.

Já sob o prisma ECONÔMICO, a operação Mãos Limpas levou a Itália à crise permanente, que dura até hoje, também pelo fato de ter ocorrido a extinção dos criativos empresários italianos cujas empresas foram completamente aniquiladas. É possível observar, por diversas investigações sérias, que o produto interno bruto da Itália aumentou 600% entre os anos 70 e 90, já no ano seguinte a operação Mãos Limpas, houve queda de 20% e completa estagnação da economia nos 10 anos subsequentes. Os impactos econômicos foram inquestionáveis e insuperáveis, haja vista toda a Itália estar completamente comprometida com o desenrolar da operação.

5

5 *Chefe de máfia diz que recebia dinheiro de Berlusconi a cada 6 meses*. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/08/chefe-de-mafia-diz-que-recebia-dinheiro-de-berlusconi-cada-6-meses.html>. Acesso em: 16out2015.

6 Sentenças 10 e 11, de 2000, da Corte Constitucional italiana.



Um país desprovido de partidos fortes, desiludido de suas lideranças e com a economia quebrada virou refém da dependência do poder político com o poder econômico, este que passou a controlar aquele e a dominar o Estado. O espetáculo do pseudocombate à corrupção não a eliminou, apenas a modificou por se tratar de uma patologia cultural e não de um tema afeto à legalidade; aliás, a legalidade é parte do problema, e não sua solução.

Tragicamente, o que se pretendia combater, ganhou impulso avassalador por falta de percepção ao fato de que a cultura, ao contrário da legislação, não está suscetível a mudanças deliberadas⁷. A alteração do hábito demanda tempo sem possibilidade de determinação precisa de seu início, e o inverso também é

⁷ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da Legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 23.

verdadeiro. Um processo de enfraquecimento desta regra de comportamento social demanda um tempo enorme, tornando certos hábitos estáticos e praticamente imutáveis, incluída a necessidade de imposição pelos órgãos autorizados para dar real efetividade às regras⁸.

O Brasil da operação Lava Jato se confunde com a Itália da operação Mãos Limpas, numa versão “tropical”: determinados políticos e seus partidos estão sendo alvo de intensas investigações e acusações – e não existem lideranças políticas aptas a ocupar eventuais lacunas políticas que surjam, o que inspira medo e preocupação –, as empresas que de alguma forma possuíam vínculos – empreiteiras, prestadoras de serviços terceirizados, etc. – faliram e os entes federativos quebraram. O cidadão, parte mais fraca de toda esta complexa relação, absorve os efeitos da crise econômica pelo intenso desemprego, aumento dos produtos e tributos, redução dos programas sociais, piora dos serviços públicos e perda de qualidade de vida. A “marolinha” do passado se mostrou ser, na verdade, uma “tsunami” devastadora.

A sensação que se tem na operação Lava Jato é o surgimento de super-heróis tupiniquins voltados ao combate da criminalidade no País, o que informa um sintoma social extremamente grave: esta carência afirmativa não surge apenas para suprir as demandas de um Estado ineficiente ou um Governo incompetente – que estão sob “xeque-mate” com as revelações promovidas pela operação –, mas para responder a um mundo inteiro em sério e violento conflito de identidade. Ao longo da operação, surgem personagens capazes de preencher esta lacuna social, porém é importante que tenham plena consciência de seu papel: garantidores da Constituição e dos direitos fundamentais.

⁸ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 102.

2.2. DELAÇÃO PREMIADA POR ACUSADO PRESO. NEGÓCIO JURÍDICO NULO POR FORÇA DA PRESENÇA DO “ESTADO DE PERIGO”. VÍCIO INSUPERÁVEL. ANULAÇÃO QUE SE IMPÕE.

A história mostra que grandes acontecimentos alteram a nossa sensibilidade sobre os eventos futuros. Aos extraordinários desenvolvimentos das tecnologias de guerra, que culminaram com a utilização de armamento nuclear no final da 2ª Guerra Mundial, sobrevieram os debates internacionais sobre a tentativa de se evitar que as nações voltassem a utilizar armas de destruição de massa. A lição extraída deste desastre humanitário foi a de que a energia nuclear deveria ser utilizada tão somente para fins pacíficos como a produção de energia, justificando uma série de acordos internacionais sobre o tema.

O Direito não é diferente disso, até porque se trata de mais um capítulo presente nas relações sociais, sobretudo as conflituosas. Ledo engano acreditar ser o Direito capaz de resolver todos os problemas; longe disso, pois sua função é a de regular as relações sociais, jamais impor determinada solução. O Direito nas sociedades democráticas não está sujeito aos arbítrios e aos abusos, especialmente por parte do Estado o qual se encontra limitado pela Constituição e pelas leis.

O que se tem observado no Brasil é a profunda alteração da visão do Direito, em especial o Penal, que outrora era fruto de uma intensa e profunda reflexão doutrinária, perde esta sua essência para se tornar algo pragmático. Vale dizer: o futuro do Direito Penal sinaliza cada vez mais abandonar suas raízes teóricas para tornar-se algo prático. Neste contexto, abandonam-se os livros e abrem-se os jornais e revistas. Mídia e opinião pública substituem a cultura jurídica, e passam a criar a jurisprudência.

Neste perigoso curso da história do Direito Penal, surge a Criminologia Midiática, o Processo Penal do Espetáculo e diversas outras variantes do mesmo fenômeno, porém com um desdobramento bastante sensível: a redução ou a

anulação do direito de defesa – e todos os seus derivativos como presunção de inocência, etc. –, tão fundamental nas Democracias e nas Repúblicas, numa espécie de cruzada pela moralidade. A delação premiada⁹ se desenvolve¹⁰, no Brasil, neste contexto, e sua utilização passa a ganhar contornos nos últimos anos, sobretudo na operação Lava Jato.

Por outro lado, os problemas práticos começam a se revelar com o uso indiscriminado e descontrolado das delações premiadas, num processo de vulgarização tal qual ocorrido com a interceptação telefônica. Por se tratar de um instituto jurídico de aplicação recentíssima, a prudência indica que os sujeitos processuais deveriam, primeiro, entender e compreender a delação premiada para, após, colocá-la em prática, o que não ocorreu na operação Lava Jato, ocorrendo, inclusive, contradições e incongruências entre o conteúdo de delações premiadas¹¹.

Antes das críticas – realizadas pela doutrina¹² e por Ministros do Superior Tribunal de Justiça¹³ e do Supremo Tribunal Federal¹⁴, sobretudo pela ausência de regulamentação e conhecimento de seus limites e de suas possibilidades –, é importante compreender o instituto da delação premiada, em

9 Para o presente estudo, não importa a sua denominação ou sua classificação como espécie do gênero “colaboração” ou suas origens, especialmente porque o instituto não encontra correspondência com aqueles dos Estados Unidos, da Itália ou Alemanha.

¹⁰ Conforme leciona Gustavo Badaró, a delação premiada existe no Brasil desde as Ordenações Filipinas. *Delação: futuro ou passado?* Disponível em: <http://www.ovale.com.br/2.621/delacao-futuro-ou-passado-1.573911>. Acesso em: 19out2015. Contudo, apesar desta origem remota, é certo que até a operação Lava Jato o referido instituto jurídico era pouco utilizado.

¹¹ Com a celebração do acordo do Sr. Fernando Soares com o Ministério Público Federal, mais um problema surge a ser enfrentado, e advogados do Sr. Paulo Roberto Costa já falam em solicitar a declaração da nulidade da mais recente colaboração. *Lobista põe em xeque delação de ex-diretor da Petrobras*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/10/1695556-lobista-poe-em-xeque-delacao-de-costa.shtml>. Acesso em: 19out2015.

¹² BOTTINI, Pierpaolo. *Delação premiada exige regulamentação mais clara*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara>. Acesso em: 19out2015.

¹³ Palestra proferida pelo Min. Sebastião Reis em 14/08/2015 durante o II Seminário Internacional de Direito Penal, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z0hhgGiabcA>. Acesso em 19out2015.

¹⁴ Voto do Min. Celso de Mello, *Petição 5700*, onde houve extraordinária reflexão acerca de determinados limites da delação premiada.

especial sua natureza jurídica – reflexão até hoje não realizada adequadamente – para que se possa entender onde o referido instituto se situa dentro da teoria jurídica para, posteriormente, analisarmos seus elementos de existência e validade para, em seguida, compreendermos a sua potencialidade de produção de efeitos jurídicos. Parte-se, porém, da premissa de que a literatura acerca da delação premiada não é capaz de responder adequadamente a correta posição jurídica do instituto, justamente o que se propõe: ora é tratada como técnica de investigação, outrora como espécie ou meio de prova, mero testemunho e finalmente como causa de extinção ou redução da punibilidade. Isso pouco importa à presente impetração.

O que se deve ter em mente, por outro lado, é que sua posição dentro das ciências jurídicas é única e não se mede por suas consequências, e sim essência; vale dizer, trata-se de instituto com determinada natureza jurídica cujo plano de eficácia, caso válido, se estende por mais de um ramo do Direito.

É importante destacar que no atual estágio do desenvolvimento do Direito, cada vez mais desaparece aquela clássica distinção entre Direito Privado e Direito Público, sobretudo porque sua produção de efeitos se irradia por diferentes áreas do saber jurídico. No Direito Penal, apesar de seu enfoque clássico se dar no estudo da posição da vítima no processo penal, é inegável que este fenômeno seja mais amplo, incluído o instituto da delação premiada. O Direito Penal está se tornando negocial.

Nesta linha, torna-se fundamental a exata compreensão e inteligência do instituto da delação premiada a partir de sua natureza jurídica, e não de suas consequências. O caminho a ser percorrido passa pela afinidade que o instituto possui, a partir da análise de suas características – e não de sua nomenclatura –, com uma grande categoria jurídica, nela se incluindo a título de espécie desta classificação. São as qualidades do instituto que informam a sua essência, e não sua

regulação pela legislação ou a opinião dos sujeitos (acusação/defesa), muito menos a pública.

A) DO FATO JURÍDICO À DELAÇÃO PREMIADA: SUA CORRETA POSIÇÃO DENTRO DAS CIÊNCIAS JURÍDICA.

Os fatos são os acontecimentos da vida que nós, seres humanos, possuímos a capacidade de percepção por meio dos sentidos: visão, audição, tato, paladar e olfato. Nossos sentidos mais primitivos nos permitem esta percepção do mundo exterior. O amanhecer pelo clarear do dia, o início do mês da primavera com os bosques floridos e o som do quebrar de uma onda do mar são fatos naturais e o falar e o sorrir são fatos humanos, estes que nos interessam.

Dos fatos humanos surgem as relações sociais, que são aqueles que excedem ao âmbito do próprio sujeito; são os comportamentos interativos e naturais a qualquer sociedade como um abraço ou um beijo. Nas sociedades democráticas, liberais e republicanas, o Estado não está legitimado a intervir, de qualquer forma ou sob qualquer pretexto, nestas relações, totalmente irrelevantes para o Direito.

Com o desenvolver das relações sociais, as quais se tornam cada vez mais complexas e dinâmicas, é possível observar que os homens (seres altamente interessados), ao praticar determinados comportamentos no âmbito das relações sociais, convergem na direção de determinado interesse. Significa dizer: surge um conflito de interesses. A partir desta percepção, concebeu-se a necessidade da criação de normas jurídicas para a disciplina destas relações sociais, surgindo às relações jurídicas, que nada mais são do que as relações sociais qualificadas pelo Direito.

O Direito, portanto, é fruto da sociedade e para a sociedade porque lhe resguarda dos desvios comportamentais; o Direito define e modela a sociedade,

jamais possui a pretensão de criá-la. Figura como importante instrumento de regulação, controle e pacificação social, de forma que depende da aceitação de seus destinatários, baseados em uma aquiescência racional às normas que lhe são dirigidas, ou de uma estrutura de sanções institucionalizadas capaz de estimular o tomado de incerteza ou desestimular o voltado para o desvio daquelas, em prol de uma satisfação pessoal.

Voltemos a análise do fato. O fato, como um dado da realidade, quando regulado pelo Direito, ganha contornos jurídicos: tem-se o fato jurídico que depende, para aperfeiçoar-se, de dois requisitos; um fato, um acontecimento, uma mudança na realidade; e uma norma jurídica que se imprima sobre este fato para trazê-lo, sob nova roupagem, ao mundo do direito, no qual gerará, se válido, efeitos¹⁵.

O fundamental para a geração de qualquer efeito jurídico é o fato jurídico¹⁶, gênero do qual o ato jurídico é espécie com algumas características especializadoras¹⁷, que residem basicamente no componente da conduta humana¹⁸, ou com base no elemento volitivo¹⁹. O ato jurídico possui, desta forma, uma acepção ampla, considerando tratar-se da conjugação da realidade que, a partir da conduta, produz os efeitos jurídicos indicados pela norma. Trata-se do gênero da qual se decompõe em ato-fato jurídico, ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, o que interessa ao presente estudo.

A DECLARAÇÃO DE VONTADE DESTINADA À PRODUÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS VOLUNTARIAMENTE PERSEGUIDOS (“RECHTSGESCHÄFT”) ONDE SUJEITOS DE DIREITO

15 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1977, v. 1, p. XX-XXI.

16 Ibidem., t. 1, p. 4-5 e 74-75.

17 REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201; PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 292-293.

18 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., t. 1 p. 78-79.

19 REALE, Miguel, op. cit., p. 201 e 203; PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 302-303.

EXPRESSAM SUAS VONTADES E DÃO A ELAS EXISTÊNCIA, CONTEÚDO E EFICÁCIA JURÍDICA PARA DETERMINADA RELAÇÃO SÃO DEFINIDAS COMO NEGÓCIOS JURÍDICOS²⁰.

PARTAMOS DA SEGUINTE PREMISA ACERCA DA DELAÇÃO PREMIADA: se caracteriza por ser um acordo amplo no qual acusação e defesa compõem, por meio de cláusulas, direitos e deveres com produção de efeitos em diversos ramos do Direito como questões afetas ao direito de liberdade e de patrimônio, e ainda compromisso da acusação no sentido de oficiar outras agências estatais no sentido da não punição pelos fatos²¹, revelando claramente tratar-se de instituto que pressupõe manifestação livre de vontade com a criação de obrigações e a assunção recíproca de deveres entre acusado e acusação, e que produz efeitos em áreas diversas, incluída a penal.

Esta é a essência da delação premiada, e sua correta justificação dentro das ciências jurídicas encontra fundamento nesta premissa, de forma que se situa, indiscutivelmente, no campo dos negócios jurídicos²², tal qual um contrato atípico ou previsto em legislação extravagante. Não se trata, portanto, de instituto do Direito Penal, mas do Civil que produz efeitos – possivelmente os mais evidentes, especialmente quando se trata de acusado preso por seu efeito imediato é a concessão de sua liberdade –, inclusive, no Penal, sujeitando-se a toda normativa dos negócios jurídicos, desde os seus elementos até as consequências de seus eventuais vícios.

20 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, *Código Civil Interpretado Conforme A Constituição da República*, v. 1, 3ª ed., 2002, p. 213.

21 Basta a análise dos termos dos acordos de delação premiada celebrados no âmbito da operação Lava Jato.

22 No dia 28 de agosto de 2015, o Professor Afrânio Silva Jardim expos sua opinião neste sentido em seu perfil no Facebook. Disponível em: <https://www.facebook.com/afraniojardim?fref=nf>. Acesso em 28ago2015. De igual forma, nos autos do *habeas corpus* 127.483, o Min. Dias Toffoli assinalou a natureza jurídica da delação premiada como “negócio jurídico processual” – que nada mais é do que o negócio jurídico com produção também de efeitos processuais, agora normatizado pelo novo Código de Processo Civil –, pelo que foi acompanhado pela unanimidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

B) DECLARAÇÃO DE VONTADE VICIADA PELA PRISÃO PREVENTIVA COMO FUNDAMENTO PARA A INVALIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA.

O estudo do elemento “vontade”, por ocupar papel central nos negócios jurídicos, é o que nos interessa. Reside, basicamente, na autonomia privada e de vontade, a qual vem sendo interpretada também a partir de princípios gerais do direito tais como da função social.

Para que a vontade pessoal seja apta a gerar negócio jurídico, é necessário que tal conteúdo volitivo seja manifestado livremente na direção de efeitos específicos, os quais o ordenamento jurídico tira da conjugação de norma jurídica e autonomia da vontade²³, o que ocorre com a delação premiada.

Da parte do acusado, existe vontade na cooperação com o Ministério Público, pois o benefício recai sobre sua liberdade e patrimônio, notadamente do acusado preso. Soa como um “porto seguro” longe do perverso mundo de trás das grades. Além disso, os benefícios contidos nas cláusulas variam conforme sua capacidade colaborativa: se o acusado tiver a capacidade de contribuir com um extraordinário esquema criminoso praticado no âmbito do Poder Legislativo indicando uma série de parlamentares envolvidos, ser-lhe-á oferecida a imunidade; por outro lado, se sua capacidade for de fornecer provas do envolvimento apenas de um assessor sem qualquer expressão deste congressista, talvez lhe seja oferecido o benefício de redução de pena. Para não esquecer, também existe o compromisso de isenção de responsabilidade eventual de familiares e amigos. Não se trata – é importante destacar – da colaboração por qualquer processo de arrependimento do acusado, muito menos aquele preso, o que já é disciplinado pelo Código Penal sob a rubrica de desistência voluntária e arrependimento eficaz (arts. 16 e 17). Pelo contrário, sob o ponto de vista de seu intelecto e de seu nicho social, tal postura é antiética e imoral para com aquelas pessoas que lhe são próximas e confiam nos seus comportamentos, e

23 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Idem, p. 90-91.

legitimamente esperam segredo, sobretudo quando se tratam de atitudes potencialmente criminosas.

Já do lado da acusação, como se busca alcançar o interesse público, tem-se a obtenção de provas para o esclarecimento dos ilícitos (penal, administrativo, etc.), devolução do proveito econômico do crime e o pagamento de pesadas multas e tributos. É curioso observar a identificação da delação premiada como um instituto que atende ampla e eficazmente a função social do negócio jurídico, dado possuir relevantíssima utilidade pública.

Existe, portanto, uma perfeita bilateralidade, necessária no âmbito dos negócios jurídicos: a justaposição de direitos e deveres entre as partes, sujeitos do processo penal, cujo negócio jurídico rotulado de “delação premiada”, terá eficácia por inúmeras áreas do Direito.

A vontade deve ser livre e apta a produzir os efeitos desejados porque “Se não o for, tem-se uma tutela específica, concretizada pelo regime das nulidades, que irá buscar nos vícios da vontade elementos para garantir que somente manifestações isentas de vícios possam produzir efeitos jurídicos”²⁴. Havendo contradição entre a vontade interna (teoria da vontade ou “Willenstheoric”) e externa (teoria da declaração ou “Erklärungstheorie”), haverá vício de vontade, gerando nulidade do negócio jurídico.

Dentre os vícios de vontade relevantes ao presente estudo, encontra-se o “estado de perigo”, tipificado pelo Código Civil em seu artigo 156: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”.

²⁴ Ibidem, p. 215.

Quando a pessoa se encontra em estado de perigo, a declaração de sua vontade caracteriza “... anomalia no processo cognitivo”²⁵ e cuja “... ameaça decorre de simples circunstância de fato, que exerça forte influência na manifestação de vontade do agente”²⁶. Dentre os exemplos, TEPEDINO²⁷ indica a “renúncia de direitos”, assinalando que, “Em relação à vítima, caracteriza-se pela sensação de inferioridade que a atormenta, premida pela necessidade de salvar-se”²⁸. Por fim, relevante observar que o dano deve ser atual ou iminente, cuja análise da gravidade deve levar “... em conta as circunstâncias da vítima”²⁹.

São estes os elementos do estado de perigo: (i) pessoa diante de dano grave diante da posição concreta que se encontra ou esta em vias de se encontrar; que, por força de tal circunstância fática; (ii) assuma obrigação excessivamente onerosa aos seus direitos a ponto de renunciá-los; com (iii) dolo de salvação própria ou de terceiro; e tudo de (iv) ciência da outra parte.

É neste campo que reside o estudo da delação premiada realizada por um acusado preso: será que a sua vontade interna representa aquela declarada nos termos do acordo da delação premiada? Tudo indica que não.

A prisão, instrumento idealizado pela sociedade para sanção de comportamentos sociais não tolerados, representa a mais drástica intervenção do Estado nas liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidas. Deixemos o plano teórico de lado e assumamos uma visão mais pragmática: o sistema prisional brasileiro é falido sob todos os aspectos. As celas das prisões, superlotadas, são habitadas por pessoas, insetos e todos os tipos de pestes. Retira-se a dignidade não apenas dos presos, mas também de sua família por meio de um sistema falho de visitação, incluída a revista íntima nas mulheres. Quando o preso entra neste sistema medieval, precisa declarar-se integrante de alguma facção criminosa

25 Ibidem, p. 295.

26 Ibidem, p. 295.

27 Ibidem, p. 295.

28 Ibidem, p. 296.

29 Ibidem, p. 294.

quando, não raras às vezes, precisa praticar crime mais grave dentro deste sistema perverso para não sofrer qualquer tipo de atentado a sua vida.

“Prefiro morrer a ficar preso no Brasil” foi a declaração feita pelo Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo³⁰, após divulgação pela Subcomissão de Prevenção da Tortura da ONU do grave estado de algumas prisões brasileiras e recomendação do fechamento imediato do Presídio Ary Franco, no Rio de Janeiro, observando que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, “Dos 446 mil presos no país, o percentual de provisórios é de 42,97%, contra 57,03% de presos condenados (254.738)³¹”.

Esta é a realidade prisional no Brasil: cidadãos são empilhados nas penitenciárias brasileiras, sem o respeito de qualquer condição de existência mínima (“Schutzbereich”). Bastam poucos dias dentro do sistema prisional brasileiro para o acusado adequar-se ao modelo negocial baseada no “vale-tudo” característico da delação premiada, o que ocorreu com o Sr. Paulo Roberto Costa, que aceitou o referido “acordo” após a sua segunda prisão.

Logo, o primeiro requisito – (i) pessoa diante de dano grave diante da posição concreta que se encontra ou esta em vias de se encontrar – é manifesto: o acusado encontra-se premido, ou na iminência de ser, de sua liberdade num sistema carcerário que lhe retira, inclusive, sua dignidade, o que ocorreu com o Sr. Paulo Roberto Costa.

Apesar de a doutrina constitucional confirmar ser uma das características dos direitos fundamentais, erigidos a cláusulas pétreas pelo Poder

30 Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/ministro-da-justica-prefiro-morrer-a-ficar-presno-brasil>. Acesso em: 21ago2015.

31 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/02/c4dfdf1351d9d4032e15e04d7d7e8ce5.pdf>. Acesso em 22ago2015.

Constituinte Originário, a sua irrenunciabilidade³² e a vedação de seu retrocesso³³ – porque inerentes ao seres humanos enquanto seres humanos –, no campo negocial, existem condições comuns impostas pelo Ministério Público, notadamente na operação Lava Jato, a todas as delações premiadas praticadas no Brasil, as quais representam, na essência, a renúncia de direitos fundamentais ditos irrenunciáveis: abre-se mão da presunção de inocência e do direito ao silêncio, dos recursos e *habeas corpus*, etc. É certo que algumas não tem sido homologadas por esta Festejada Corte Constitucional, porém outras acabam fulminadas.

O segundo requisito – (ii) assuma obrigação excessivamente onerosa aos seus direitos a ponto de renunciá-los –, portanto, é marcante, inclusive no acordo de delação premiada celebrado pelo Sr. Paulo Roberto Costa.

Não se trata de arrependimento. A intenção e a vontade são direcionadas, pelo acusado preso, única e exclusivamente à sua soltura imediata, o que pode ser notado, exemplificativamente, pela postura dos envolvidos na operação Lava Jato Fernando Soares e Nestor Cerveró: enquanto este se desesperou ao ter conhecimento que o Ministério Público Federal teria recusado sua colaboração, aquele negocia sua saída imediata, e não meses após a celebração do acordo³⁴. Idêntico fenômeno ocorreu do o Sr. Paulo Roberto Costa, que “concordou” no “acordo” apenas após a sua segunda prisão.

32 A limitabilidade também é característica dos direitos fundamentais, contudo, de forma excepcional quando o cidadão pratica uma conduta objetivando a proteção de determinado bem jurídico como é o caso da legítima defesa. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256.

33 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 422-423.

34 Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1674679-lobista-que-negocia-delacao-indica-que-entregara-a-cupula-do-pmdb.shtml>. Acesso em 28ago2015.

O próprio Dr. Sérgio Moro, Juiz Federal condutor da operação Lava Jato, reconhece esta circunstância: “Se um criminoso resolve colaborar, não é por sinceridade. É por que ele quer um benefício legal”³⁵.

É nítido que o (iii) dolo é de salvação da própria liberdade, tal qual ocorreu com o Sr. Paulo Roberto Costa.

Por fim, (iv) tal circunstância é da ciência do Ministério Público e do próprio Dr. Sérgio Moro, tal qual entrevista por ele concedida e anteriormente destacada: o acusado preso deseja o benefício da liberdade imediata, visto que a prisão funciona como um “estímulo” a celebração do acordo de delação premiada, o que ocorreu com o Sr. Paulo Roberto Costa, após ter sido preso pela segunda vez.

Com efeito, a condição de preso do acusado que passa a cooperar com o Ministério Público se enquadra no conceito de estado de perigo a justificar a declaração de sua nulidade, nos termos do art. 171, inciso II, do Código Civil³⁶.

C) CONCLUSÃO.

A delação premiada representa um verdadeiro “atalho” à liberdade, notadamente quando a crença do acusado e da defesa quanto às possibilidades de obtenção de idêntico resultado via judicial são mais tormentosos e, por isso, mais demorados. O acusado preso é seduzido por este “canto de sereias” representado pelos contornos românticos do instituto e, apesar do advogado tentar amarrá-lo ao mastro do navio – assim como Homero o fez com seus tripulantes em seu poema “Odisseia” –, a promessa de liberdade oferecida soa absolutamente mais encantadora do que qualquer orientação técnica especializada de enfrentamento do processo, por mais tormentoso que seja.

³⁵ *Delação premiada não é involuntária só por acusado estar preso, diz Sergio Moro*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/delacao-premiada-presos-nao-involuntaria-moro>. Acesso em: 18out2015.

³⁶ Em sentido muito próximo, BADARÓ, Gustavo. *Quem está preso pode delatar?* Disponível em: <http://jota.info/quem-esta-presos-pode-delatar>. Acesso em: 19out2015.

3. DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer seja concedida a ordem para:

- a) Declarar a nulidade do acordo de delação premiada, e seu conteúdo, celebrado entre o Sr. Paulo Roberto Costa e o Ministério Público Federal com base no estado de perigo que se encontrava por força de sua prisão cautelar;
- b) Determinar que qualquer membro do Ministério Público ou da Magistratura, em especial os Procuradores (e Regionais) da República integrantes da força-tarefa da operação Lava Jato do Ministério Público Federal e o Juiz Federal, Dr. Sérgio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná, se abstenham de utilizar o acordo de delação premiada, e seu conteúdo, celebrado entre o Sr. Paulo Roberto Costa e o Ministério Público Federal; e
- c) Determinar a intimação dos Impetrantes com prazo de antecedência de 72 (setenta e duas) horas da sessão de julgamento para fins de realização de sustentação oral.

P. deferimento.

Rio de Janeiro, 19 de outubro de 2015

Edson Ribeiro (OABRJ 46.837)

Felipe Machado Caldeira (OABRJ 124.393)

ROL DE DOCUMENTOS ANEXOS

- Acordo de delação premiada celebrado entre o Sr. Paulo Roberto Costa e o Ministério Público Federal
- Decisão do ilustre Min. Teori Zavaski, que homologou o acordo de delação premiada celebrado entre o Sr. Paulo Roberto Costa e o Ministério Público Federal