



Opinião: A (im)possibilidade de impugnação de delação por terceiros

27/03/2018

A despeito de a Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850) datar de 2 de agosto de 2013, pode-se afirmar, sem qualquer margem para dúvida, que, mesmo após quase cinco anos de vigência, se trata, ainda, de um diploma normativo novo, sobre o qual pairam muitas dúvidas e controvérsias, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial.

Não obstante as inúmeras controvérsias que circundam o novel diploma, buscar-se-á evidenciar, no presente artigo, a diferença existente entre a (im)possibilidade de o terceiro (delatado) impugnar o acordo de colaboração premiada que lhe diga respeito, evidenciando-se o posicionamento prevalente nos tribunais pátrios, e o inquestionável direito — ainda do terceiro delatado —, em momento processual adequado, ao confronto das informações derivadas do pacto premial.

Ao abordar-se tal temática, no entanto, faz-se cogente a constatação (e a crítica), ainda que sucinta, da perniciosidade midiática nos processos criminais, a qual tonifica o famigerado “processo penal do espetáculo”, em que, segundo Tiburi, citado por Rubens Casara, “o desejo de democracia é substituído pelo desejo de audiência”^[1].

A propósito, tal constatação se verifica, diuturnamente, nos mais diversos meios de comunicação, em que a posição de destaque, sem dúvida alguma, é reservada ao Direito Penal e ao processo penal — com seus infundáveis casos e “escândalos” postos para a apreciação da massa facilmente manipulável.

Nesse delicado contexto, a delação premiada apresenta-se como pedra angular da atual quadra penal midiática, uma vez que, nos mais variados horários do dia, basta ligar a televisão para acompanhar — em tempo real — a transmissão de depoimentos, trechos de acordos, lista de delatores, delatados, processos penais deflagrados, arquivados, findos etc.

Com isso, amplia-se a mais não poder a danosidade que o aparato de persecução penal consegue causar na vida dos que são seus (potenciais) destinatários, mesmo antes da deflagração de um processo penal, o qual, para causar estragos irreparáveis, sequer precisa ser iniciado, bastando “apenas” que seja anunciado.

É que, na acelerada sociedade em que se vive, uma notícia desse quilate tem o condão de, antes mesmo de deflagrado o processo, que sequer precisa chegar a existir — ante, por exemplo, a ausência de elementos informativos mínimos —, aniquilar moralmente um delatado, ocasionando a sua “morte social”.

Observe-se que é justamente nesse complexo contexto, agravado sobremaneira com a deflagração da famigerada (e interminável) operação “lava jato”, que surgem diversas controvérsias acerca da possibilidade de um terceiro delatado impugnar um acordo de

colaboração premiada do qual não faz parte, senão nas diversas imputações que lhes são, por meio do pacto premial, dirigidas.

A doutrina, nesse tocante, nem de longe chega a um consenso, de modo que a discussão entelada divide os estudiosos do tema. Ao sustentar a legitimação do delatado para questionar o acordo de colaboração premiada que lhe cita, Canotilho e Brandão asseveram que:

[...] Na medida em que tem assim como finalidade precípua a incriminação de terceiros, pelo menos, por um crime de organização criminosa, a colaboração premiada apresenta-se como um meio processual idôneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada[2].

Na esteira de Canotilho e Brandão, segundo os quais o delator, ao cooperar com as autoridades públicas, tem poder de influência na esfera jurídica de terceiros, já que, por meio de suas declarações, violam-se honra, propriedade, privacidade etc., Vinicius Gomes de Vasconcellos defende que “há sim interesse dos corréus delatados, pois são claros o potencial prejuízo causado pelo auxílio do colaborador à persecução estatal e a possibilidade de sua evitação por meio da impugnação ao acordo de colaboração premiada”[3].

Impõe-se consignar, por relevante, que o ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 127.483, ao se pronunciar sobre a viabilidade da impugnação do acordo por um terceiro delatado, se manifestou no sentido de que existe, sim, interesse jurídico por parte do terceiro, desde que o objeto da delação tenha servido, por exemplo, para ofertamento da denúncia.

Perfilhando essa mesma linha de entendimento, Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim defendem que “é fundamental, em prol da proteção da legalidade dos atos estatais, que haja possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada pelos corréus”[4].

Deveras, não se desconhece a relevância dos fundamentos arguidos pelos defensores da corrente permissiva da impugnação, por terceiros delatados, do acordo de colaboração premiada. No entanto, malgrado a importância dos argumentos e o brilhantismo dos autores, não é a tese que vem prevalecendo atualmente nos tribunais superiores.

Como é cediço, em observância à norma inserta no artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei 12.850/2013, as tratativas, celebração e homologação do acordo de colaboração premiada são, via de regra, sigilosas, perdendo tal característica somente após o recebimento da denúncia.

Por conseguinte, sustenta-se que, após a formalização do acordo, não há mais que se falar em impugnação, senão em exercício do direito de confronto, que é o meio (adequado) através do qual os delatados questionarão não a validade do pacto, mas, sim, a qualidade das provas que lhes pesam em desfavor. Noutras palavras, opor-se-á, aqui, às provas derivadas do acordo, e não a ele — que é um mero meio de obtenção de prova.

Destarte, na esteira de Ada Pellegrini Grinover, para que se possa valorar minimamente o conteúdo da delação, é necessário que seja oportunizado o direito de defesa, com a presença dos corréus delatados durante o seu interrogatório e dando publicidade aos atos processuais[5], até mesmo porque, segundo Antonio Sacarance Fernandes, “se o corréu e seu advogado não foram intimados sobre a data e hora do interrogatório, ficando, assim, impedidos de se esclarecerem a respeito de aspectos que prejudicam o corréu, os elementos nele obtidos não poderão servir para a sua condenação, pois haverá ofensa à ampla defesa e ao contraditório”[6].

Como visto, impugnação do acordo de colaboração premiada (sempre pelas partes contratantes) e direito ao confronto (efetivado pelos terceiros delatados, em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa) são institutos diversos, os quais se apresentam cronológica e processualmente em tempos distintos e trazem consigo consequências diversas.

A toda evidência, a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no paradigmático Habeas Corpus 127.483, foi pela impossibilidade de impugnação do acordo por parte do terceiro (delatado), tendo em vista que, “como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica”[7].

A ementa do referido *writ*, cuja relatoria competiu ao ministro Dias Toffoli, restou, em síntese, assim grafada:

[...] Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor.

De efeito, na senda do quanto decidido, entendeu-se que “a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas – o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração”.

A bem da verdade, nota-se uma clara distinção, por parte do Supremo Tribunal Federal, daquilo que a doutrina costuma dividir em “aptidão eficaz” e “eficácia propriamente dita”. Veja-se, a propósito, que para a celebração do acordo de colaboração premiada — fase na qual, em tese, como a imprensa tem demonstrado à exaustão, vazam informações sobre terceiros os motivando a impugnar o trato — exige-se, apenas, a aptidão eficaz, que traduz, na dicção de Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues, “a capacidade de a colaboração trazer resultados concretos *futuramente*”[8].

É de se ver, assim, ainda com supedâneo nos escólios Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues, que “obtidos os resultados previstos na lei, aí sim ela passará a ter eficácia (que é a consequência da colaboração premiada)”[9].

Dessa forma, em consonância com a legislação, tem-se que a “mera” celebração do acordo de colaboração premiada, por si só, sequer garante a efetiva obtenção dos prêmios legais, já que condicionados à regra de corroboração. Daí dizer-se que, ausente ratificação, por meio de provas, do quanto dito pelo colaborador, não haverá prêmios ao delator, tampouco condenação aos delatados (artigo 4º, parágrafo 16, 12.850/2013).

Nesse contexto, supedaneando-se nas lições de Vinicius Gomes de Vasconcellos, expõem-se, em apertada síntese, os argumentos empregados pelo Supremo Tribunal Federal para determinar a não impugnabilidade do acordo pelos corréus/coacusados, a saber:

1) A formalização e homologação do acordo não acarreta prejuízo para os corréus, ao passo que nesse momento o julgador não ingressa no mérito da questão e não confere idoneidade às declarações do delator; 2) os coimputados poderão exercer suas defesas no momento posterior, do contraditório judicial sobre as declarações ou provas indicadas pelo colaborador; 3) as declarações do delator não são provas suficientes para fundamentar, por si só, a condenação; e 4) eventual desconstituição do acordo de colaboração premiada não acarreta consequências a terceiros, ou seja, não impede a valoração de eventuais provas produzidas em prejuízos dos corréus, de modo que não há interesse na imputação do pacto[10].

À guisa de informação, esclarece-se que o Superior Tribunal de Justiça tem se alinhado à tese de que “apenas *aqueles* que celebraram os *acordos de delação premiada — ou seja, os colaboradores* e o Ministério Público Federal — detêm *legitimidade* para *questionar* os seus termos” [11], uma vez que “o acordo de colaboração premiada, negócio jurídico personalíssimo celebrado entre o Ministério Público e o réu colaborador, gera direitos e obrigações apenas para as partes, em nada interferindo na esfera jurídica de terceiros, ainda que referidos no relato da colaboração”[12].

Assim, de acordo com tal entendimento, “supostos coautores ou partícipes do réu colaborador nas infrações desveladas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no relato da colaboração e seus possíveis resultados (artigo 6º, I, da Lei 12.850/13), não possuem legitimidade para contestar a validade do acordo”[13].

À vista do quanto exposto, deve-se ter claro em mente que a impugnação ao acordo de colaboração premiada não se confunde com o direito ao confronto, o qual se realiza sempre em juízo e tem de observar inexoravelmente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse panorama, resta patente que a impugnação do pacto premial, que é verdadeiro negócio jurídico personalíssimo, somente pode ser levada a efeito pelas “partes contratantes”, quais sejam, Ministério Público e colaborador, ao passo que o direito de confronto, o qual se mostra como único e efetivo meio de defesa, é outorgado àqueles que figuram na condição de delatados.

Por derradeiro, há de ficar claro, na linha do esposado, que a impugnação não se apresenta como meio eficaz de defesa, haja vista que, malgrado o delatado fosse parte legítima a manejá-la, ainda que invalidado fosse o pacto, os elementos probatórios por meio dele angariados



poderão ser utilizados em desfavor de todos — delator e delatados.

Dessa forma, analisando-se a questão do ponto de vista processual, a única via correta para se contrapor à delação e seus corolários probatórios é o direito ao confronto, o qual não implicará, esclareça-se, na anulação ou quebra do acordo firmado entre Ministério Público e colaborador, mas apenas e tão somente na perda de eficácia, para fins de condenação do delatado, da parte do pacto que diz respeito ao confrontador.

[1] CASARA, Rubens. *Processo penal do espetáculo*. 2015. Disponível em: <
<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/#contato>>.
Acesso em: 17.mar.2018.

[2] CANOTILHO, J.J Gomes; BRANDÃO, Nuno. "Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017. p. 146.

[3] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 106.

[4] DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. "Colaboração premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma — um diálogo com o direito processual civil". *Civil Procedure Review*, v. 7, n. 2, maio-ago. 2016. p. 170.

[5] Grinover, Ada Pellegrini. *O processo III série: estudos e pareceres de processo penal*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 234.

[6] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 84.

[7] Nessa mesma toada, mais recentemente, o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, no bojo da PET 7.226, ao reiterar a posição da corte no tocante à ilegitimidade de impugnação de acordo por terceiro, foi taxativo, manifestando-se “no sentido de que o acordo de colaboração premiada, por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, não pode ser impugnado por aqueles eventualmente imputados pelo colaborador, mas apenas pelas partes contratantes”. Supremo Tribunal Federal. *Negado pedido do prefeito de Cuiabá para rescisão do acordo de colaboração de ex-governador de MT*. 2017. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363005>>. Acesso em: 19.mar.2018.

[8] GOMES, Flávio Luiz; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador /BA: JusPODIVM, 2015. p. 243.

[9] GOMES, Flávio Luiz; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador /BA: JusPODIVM, 2015. p. 243.

[10] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 105.

[11] HC 195.797/PR; relatora: ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, STJ.

[12] RHC 68.542/SP, relator ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, 19/4/2016, Data da Publicação/Fonte DJe 3/5/2016.

[13] Ibidem.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2018-mar-27/opinioao-impossibilidade-impugnacao-delacao-terceiros/>