

## QUESTÃO DE ORDEM NO INQUÉRITO 4.483 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN  
AUTOR(A/S)(ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA  
INVEST.(A/S) : MICHEL MIGUEL ELIAS TEMER LULIA  
ADV.(A/S) : ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA E  
OUTRO(A/S)  
INVEST.(A/S) : RODRIGO SANTOS DA ROCHA LOURES  
ADV.(A/S) : CEZAR ROBERTO BITENCOURT E OUTRO(A/S)

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:** Nos autos do Inq 4483, o Presidente da República pediu a “*sustação do andamento de eventual nova denúncia*” ou de pedido de abertura de investigação em seu desfavor até a conclusão das investigações sobre a participação de membros do Ministério Público Federal na denominada ação controlada empreendida por Joesley Mendonça Batista (fls. 3620-3623).

O Relator, Min. Edson Fachin, apresentou o requerimento como questão de ordem.

Iniciado e suspenso o julgamento na sessão de 13.9.2017, sobreveio denúncia contra o Presidente da República, oferecida nos autos do Inq 4327.

Nesses últimos autos, o Presidente da República requereu o “*retorno da denúncia à Procuradoria-Geral da República*”, para que retire “*do texto acusatório os supostos fatos delituosos estranhos ao exercício das suas funções presidenciais*”, nos termos do art. 86, § 4º, da Constituição Federal.

Novamente, o Relator trouxe o requerimento ao Tribunal como questão de ordem.

O Relator, Min. Edson Fachin, rejeita ambos os requerimentos, sob dois argumentos. O primeiro, a primazia da Câmara dos Deputados na análise de denúncia contra o Presidente da República. O segundo, a falta de interesse no resultado das novas apurações, que poderiam levar apenas à rescisão do acordo de colaboração.

Quanto ao primeiro fundamento, cabe à Câmara dos Deputados

## INQ 4483 QO / DF

autorizar a instauração de ação penal contra o Presidente da República – art. 51, I, e art. 86 da CF.

Como ressaltou o Min. Edson Fachin, há precedentes desta Corte no sentido de que o Tribunal deve encaminhar, de plano e sem realizar juízo de deliberação, a denúncia à apreciação do Parlamento.

No entanto, há também decisões realizando controle de admissibilidade da inicial acusatória, antes do encaminhamento.

A Primeira Turma rejeitou de plano ação penal privada contra a Presidente Dilma Rousseff, invocando a ilegitimidade ativa do querelante – Pet 6.071 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 13.9.2016.

Em caso mais antigo, o Pleno debateu extensamente a interpretação a ser dada quanto à necessidade de autorização para processo de Ministros de Estado. Vencidos os Ministros Celso de Mello e Célio Borja, decidiu-se que a autorização era prescindível, caso o delito não fosse conexo com delitos praticados pelo Presidente da República – QC 427 QO, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 14.3.1990.

Quanto a esses precedentes, que encaminharam a acusação diretamente à Câmara dos Deputados, é relevante ressaltar que não houvera requerimento do Chefe do Executivo denunciado de qualquer avaliação prévia da denúncia, ou matéria relevante a ser apreciada de ofício.

Na oportunidade em que a questão foi judicializada, o requerimento era em sentido de reservar a defesa para um segundo momento. No Caso Itamar Franco, o então governador de Minas Gerais postulou a imediata remessa da denúncia ao parlamento, antes mesmo da resposta prevista no art. 4º da Lei do Processo nos Tribunais. O pleito foi acolhido – HC 80.511, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 21.8.2001.

Nas duas denúncias encaminhadas pelo STF à deliberação da Câmara dos Deputados até o momento, tampouco houve qualquer avaliação prévia.

A denúncia contra o Presidente Fernando Collor foi encaminhada à Câmara dos Deputados imediatamente após seu protocolo – Inq 702.

A remessa imediata da denúncia à Câmara dos Deputados foi observada também na primeira acusação contra o Presidente Michel Temer, por decisão unipessoal do Relator, Min. Edson Fachin. Sua Excelência rejeitou pleito da Procuradoria-Geral da República de estabelecimento de um contraditório preliminar, na forma do art. 4º da Lei do Processo nos Tribunais.

Reitere-se que, em tais ocasiões, o Presidente da República não oferecera ao STF nenhuma resistência contra a acusação.

Desta feita, o caso apresenta-se com outra roupagem. Ambas as partes postulam a observância de providências prévias ao encaminhamento da denúncia.

O Procurador-Geral da República postulou a observância do procedimento preliminar de defesa (arts. 4º e 5º da Lei do Processo nos Tribunais).

De forma paralela, o Presidente da República levantou matérias defensivas relevantes, preambulares ao mérito da denúncia.

É importante destacar que as normas da Constituição Federal que exigem autorização da Câmara dos Deputados para o processo não excluem o manejo, pelo Presidente da República investigado, dos meios de defesa disponíveis a qualquer pessoa em semelhante situação.

Pelo contrário. A necessidade de autorização parlamentar para o processo é uma garantia da Presidência da República que, circunstancialmente, favorece a pessoa do Presidente da República. Ela não exclui a possibilidade de uso, em favor do Presidente da República, de todos os meios de defesa cabíveis anteriormente à instauração da ação penal.

Em outras palavras, apenas a admissão da acusação é condicionada à autorização do Poder Legislativo. O Tribunal não precisa pedir licença a outro Poder para apreciar a defesa do Presidente da República.

Assim, por exemplo, o *habeas corpus* pode ser usado em favor do Presidente da República, como ação penal negativa, para demonstrar a atipicidade de eventual conduta, ou a decadência de direito de queixa, ou a prescrição de pretensão punitiva (art. 5º, LXVIII, da CF).

Da mesma forma, o Presidente da República pode, no curso da investigação em seu desfavor, alegar a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF), valendo-se do incidente de desentranhamento, previsto no art. 157, § 3º, do CPP.

Essas matérias, além de outras, podem ser alegadas pela defesa, seja em ação autônoma, seja de forma incidental à investigação.

A possibilidade de a defesa tomar tais iniciativas, ainda que em fase pré-processual, decorre diretamente da Constituição Federal, como direito fundamental, a assistir brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 5º, *caput*) e, de forma universal, qualquer pessoa humana (art. 1º, III, CF).

Não há razão para excluir a adoção de semelhantes iniciativas, antes da deliberação parlamentar, ou mesmo após, em caso de negativa.

A ação penal contra o Presidente da República é um processo jurídico. A autorização da Câmara dos Deputados é uma decisão política interpolada em seu curso, apta a paralisar apenas o trâmite da ação penal, não as iniciativas da defesa. Estas últimas podem ser apreciadas pelo Tribunal independentemente da deliberação ou de seu resultado.

No caso concreto, a defesa formulou dois requerimentos. Ambos com inegável substância.

Diante da iniciativa defensiva, tenho que o Pleno deve, desde logo, dar resposta aos incidentes.

Por ordem lógica, não cronológica, o primeiro a ser apreciado é o de *“retorno da denúncia à Procuradoria-Geral da República”*, para que retire *“do texto acusatório os supostos fatos delituosos estranhos ao exercício das suas funções presidenciais”*, nos termos do art. 86, § 4º, da Constituição Federal.

O art. 86, § 4º, da Constituição Federal dispõe que o *“Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”*.

A denúncia oferecida no Inq 4327 acusa o Presidente da República de crimes praticados *“desde meados de 2006 até os dias atuais”*.

A interpretação do Procurador-Geral da República parece ser no sentido de que, por tratar-se de crime permanente, seria possível

instaurar o processo por fatos anteriores ao exercício do mandato.

Essa é uma questão nunca enfrentada pelo STF. É certo que o crime permanente é um delito único, “em que a atividade antijurídica, positiva ou negativa, se protraí no tempo” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 6ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 89.).

No entanto, no exercício do mandato, o Presidente da República só responde por atos praticados *in officio* ou *propter officium* – AP 305 QO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30.9.1992.

Mesmo que o crime seja único, a Constituição Federal é impositiva ao afirmar que o Presidente da República “*não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções*”.

Daí retiro que, mesmo em crimes permanentes, a responsabilidade é limitada ao período em que o denunciado exerce o cargo presidencial. O período anterior precisará ser processado em separado, após o final do mandato. Em caso de dupla condenação, restará observar a unificação de penas, em fase de execução penal – art. 111 da Lei 7.210/84.

Grande parte dos fatos objeto da denúncia são claramente estranhos ao exercício da função presidencial, na medida em que o acusado ainda nem cogitava tornar-se Presidente da República.

A responsabilidade criminal do atual Presidente da República resta limitada ao período de 12.5.2016 em diante, data na qual assumiu a Presidência, em caráter interino.

Essa análise pode e deve ser desde logo realizada.

Se o Procurador-Geral da República acredita que a denúncia é minimamente viável, deveria tê-la formulado com conteúdo que possa ser recebido. Se não, não deveria ter formulado denúncia alguma.

A alternativa seria deixar para avaliar quais os fatos não são “*estranhos ao exercício das funções presidenciais*” apenas quando e se a Câmara dos Deputados autorizar o processo. Parece que essa seria apenas uma forma de empurrar o problema com a barriga.

Tendo isso em vista, eu acolho o primeiro requerimento da defesa, para determinar o retorno dos autos à Procuradoria-Geral da República, para que se formule nova denúncia, desta feita limitada aos delitos que

não sejam “*estranhos ao exercício das suas funções presidenciais*”.

O segundo requerimento é de não encaminhamento da acusação à deliberação parlamentar, até a conclusão das investigações sobre a participação de membros do Ministério Público Federal na denominada ação controlada empreendida por Joesley Mendonça Batista.

O Relator argumentou que não haveria interesse no resultado das novas apurações, que poderiam levar apenas à rescisão do acordo de colaboração.

Muito embora pessoalmente não concorde com essa tese, reconheço que a jurisprudência da Corte afirma que o delatado não pode discutir o acordo de colaboração premiada. No entanto, não se trata disso neste caso.

Interpretando o requerimento, resta claro que a defesa não está interessada no destino do acordo de colaboração em si, mas na apuração de eventual participação ativa do Ministério Público Federal na colheita das provas e no induzimento à prática de crimes.

Nesse ponto, é importante assentar algumas premissas, até para que se compreendam as potenciais implicações do debate.

Em primeiro lugar, a jurisprudência desta Corte afirma que a investigação de autoridades investidas de prerrogativa de foro depende de autorização inicial do Tribunal respectivo. Nesse sentido:

“[...] 5. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, ‘b’ c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis. [...] Inq 2.411 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10.10.2007”.

Em segundo lugar, a jurisprudência desta Corte afirma que “*não há crime*” se as autoridades preparam a cena de forma que “*torna impossível*” a consumação do delito (Súmula 145).

Em terceiro lugar, se a preparação não impedir a consumação do delito, o agente público que determina, instiga ou auxilia o agente será penalmente responsável, a título de participação ou, em casos extremos, de autoria mediata (art. 29 do CP).

Se os futuros agentes colaboradores atuam como **agentes de confiança** do Ministério Público, como *longa manus* do órgão estatal na investigação, essas consequências se aplicam.

De tudo, recolho que a intervenção de membros do Ministério Público, instaurando investigações não supervisionadas pelo Tribunal contra autoridades com prerrogativa de foro pode ser causa de nulidade das provas, atipicidade das condutas ou mesmo de responsabilidade criminal dos próprios membros do MP.

Ou seja, a avaliação da intervenção de membro do Ministério Público na investigação é importante e deve ser apurada, podendo resultar no desentranhamento de provas, na forma do art. 157, § 3º, do CPP, ou mesmo no trancamento de inquérito ou rejeição de acusação.

Mesmo que se apreciasse o caso sob o viés da impugnação ao acordo de colaboração, a conclusão seria no sentido da viabilidade do requerimento.

O Procurador-Geral da República pediu, nos autos da AC 4.352, a suspensão dos efeitos do acordo de colaboração premiada de Joesley Batista e de Ricardo Saud, por violação a cláusula de seguinte redação:

“O acordo perderá efeito, considerando-se rescindido, nas seguintes hipóteses: [...] b) se o COLABORADOR mentir ou omitir, total ou parcialmente, em relação a fatos ilícitos que praticou, participou ou tem conhecimento;”

Considerou-se que os delatores omitiram, no momento da formalização do acordo de colaboração premiada, informações a que estavam obrigados prestar sobre a participação do então Procurador da

## INQ 4483 QO / DF

República Marcello Miller no aconselhamento destes quando das negociações dos termos da avença.

Pelo mesmo fundamento, na cota que instruiu a denúncia no Inq 4327, o Procurador-Geral da República informou que considerou tais acordos de colaboração rescindidos. Em consequência, os anteriormente perdoados Joesley Batista e Ricardo Saud foram denunciados por embarçar as investigações de infrações praticadas por organização criminosa – art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/13.

Muito embora a acusação tenha buscado dar ao desfazimento do acordo uma aparência de resolução por inadimplemento, penso que se trata de situação diversa.

A dogmática civilista costuma diferenciar a obrigação de seu adimplemento, como fenômenos jurídicos distintos. A criação de uma obrigação se perfaz por atos jurídicos que se situam em uma fase anterior ao seu cumprimento – fase essa na qual o devedor vincula a sua autonomia da vontade para realização de prestação em benefício do credor. O adimplemento constitui etapa posterior, na qual o devedor, já vinculado, conduz-se, também autonomamente, para o cumprimento daquilo que foi acertado.

Fenomenologicamente também são distintas as manifestações de vontade da criação do vínculo obrigacional e de seu adimplemento. É bem verdade que se pressupõe declarada, concomitantemente ao surgimento do vínculo, a vontade de cumprir a obrigação. Nada obstante, não se confundem entre si. A prática evidencia que o devedor pode, hipoteticamente, manifestar-se autonomamente pela criação do vínculo obrigacional, impondo-lhe o dever de perfazer a prestação, e, posteriormente, recusar-se a adimplir com o que anteriormente havia se vinculado.

Tal discrimen se faz fundamental para que seja possível a realização de um juízo de validade, e também de legitimidade, dos atos praticados em uma ou outra fase, com consequências absolutamente distintas. Se há ausência de vontade do devedor relacionada à etapa do cumprimento de obrigação validamente pactuada, estar-se-á diante de hipótese de

inadimplemento absoluto ou relativo. Diferentemente, se a manifestação de vontade é viciada na gênese da obrigação, a solução é distinta.

No caso concreto, para que se aventasse de resolução por inadimplemento, tratar-se-ia da hipótese em que os colaboradores e o Ministério Público Federal, em manifestação de vontade autônoma e livre de vícios, motivados pelos fundamentos de legitimação previstos na lei específica, constituíram obrigações recíprocas válidas e eficazes, e que, posteriormente, os colaboradores teriam incorrido em falha culposa (em sentido lato) no cumprimento das prestações pactuadas, entre as quais a narração do suposto crime do Procurador da República.

A narrativa da acusação é diversa. Os colaboradores, intencionalmente, teriam silenciado quanto a fato juridicamente relevante, a participação ativa do membro do Ministério Público Federal na preparação do cenário.

Tal conduta se deu, portanto, na gênese do vínculo obrigacional, e não na etapa de seu adimplemento. Não há, pois, como tratar das consequências do ato como se inadimplemento fosse.

A propósito, ressalto que, na forma do art. 147 do Código Civil, “o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”.

O silêncio em questão ocorreu nas tratativas do acordo de colaboração e dizia respeito a aspecto capaz de tornar ilícitas as principais provas oferecidas pelos colaboradores – gravações de autoridades. Ou seja, trata-se de vício genético, apto a afetar a validade do negócio jurídico, não de inadimplemento.

Tal conduta se deu, portanto, na gênese do vínculo obrigacional, e não na etapa de seu adimplemento. Não há, pois, como tratar das consequências do ato como se inadimplemento fosse. Diferentemente, trata-se de omissão substancial com o manifesto intuito de induzir a contraparte (e o Judiciário, em juízo homologatório) a uma falsa representação da realidade, com o objetivo de obtenção de benefício que não deveria ser concedido se conhecida fosse a realidade dos fatos. É

causa típica de invalidade do negócio jurídico, e não de descumprimento.

Não fosse suficiente, a falsa representação acerca dos motivos determinantes que legitimam a concessão dos benefícios penais também deve ser devidamente submetida ao crivo do Judiciário. Faço referência à exegese literal do artigo 140 do Código Civil, que prevê que “o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”.

De fato, na hipótese do acordo de colaboração premiada, os motivos que legitimam a concessão dos benefícios correspondem às finalidades previstas nos incisos do artigo 4º da Lei 12.850/2013. Ora, se a motivação das partes contratantes, de forma oculta, ardilosa, insidiosa, se afasta do propósito de alcançar exclusivamente os objetivos previstos em lei, o negócio jurídico deve ser invalidado. Não por outro motivo insisti, quando do julgamento da Pet 7074 QO, que é função exclusiva e inafastável do Judiciário a realização do juízo exauriente de adequação entre os fins de legitimação do acordo, previstos em lei, e aqueles manifestados pelas partes quando da celebração do acordo.

Se, eventualmente, se identificar que as condutas das partes, por atos ou fatos ocorridos seja na etapa de celebração do acordo ou na fase de cumprimento, se mostrarem distintas das finalidades e pressupostos previstos em lei, caberá ao Judiciário promover o juízo de adequação, com os devidos apontamentos nas causas e consequências do acordo.

Essa discussão conceitual é importante para ressaltar que não se pode atribuir eficácia preclusiva absoluta à homologação do acordo de colaboração premiada. Por ocasião do julgamento da Pet 7074 QO, Rel. Min. Edson Fachin, julgada em 29.6.2017, prevaleceu entendimento de que a homologação não impede a avaliação de “ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico”.

Essa ressalva, introduzida pelo voto do Min. Alexandre de Moraes, acaba por salvar o Tribunal e a Procuradoria-Geral da República do constrangimento de não ter como reagir a uma hipótese de invalidade do acordo, como defendia a tese de que a homologação teria uma força de coisa julgada absoluta, sob pena de gerar insegurança jurídica.

Note-se que o acordo, que antes se reputava petrificado, imutável, blindado, foi anulado unilateralmente pelo Ministério Público Federal. O mesmo Procurador-Geral da República que, daquela feita, dizia não ter elementos para averiguar quem seria o chefe da organização criminosa, agora anula uma decisão homologatória de Ministro do STF, baseado em uma investigação ainda em andamento.

De qualquer forma, como reconheceu o próprio Procurador-Geral da República ao afastar o acordo de colaboração premiada, há elementos suficientes para atestar a participação do então Procurador da República Marcello Miller no acordo de colaboração premiada.

Resta apurar se a interferência limitou-se a esse membro do Ministério Público, e a até que ponto ela é relevante para o caso concreto.

Essas são questões de muitas nuances, a serem exploradas em tempo oportuno. Eventualmente, um Procurador da República pode ter atuado fora de suas atribuições funcionais, ou sua influência pode não ter sido determinante, ou os investigados podem ter adotado conduta criminosa a despeito do agir dos membros do MP.

O Tribunal não precisa, no presente momento, esgotar o tema da validade das provas, da tipicidade das condutas ou da responsabilidade criminal. Mas tampouco pode recusar-se a atribuir a importância jurídica aos elementos já coligidos, demonstrando que a investigação de autoridades investidas de prerrogativa de foro ocorreu sem autorização inicial do Tribunal e que houve considerável grau de intervenção de membro do Ministério Público na preparação das condutas supostamente típicas reveladas.

Temos indícios de intervenção de membro do Ministério Público Federal na gravação do Presidente da República, de Senador da República e de Deputado Federal, realizadas por Joesley Mendonça Batista sem a autorização do Supremo Tribunal Federal.

Joesley Batista gravou conversa tida com o Presidente da República Michel Miguel Elias Temer Lulia em 7.3.2017. Também gravou conversas suas com o Deputado Federal Rodrigo Santos da Rocha Loures em

## INQ 4483 QO / DF

13.3.2017 e em 16.3.2017, e com o Senador Aécio Neves da Cunha no dia 24.3.2017.

No momento dessas gravações, não havia autorização do STF para investigar tais autoridades.

No final da semana retrasada, os colaboradores entregaram à Procuradoria-Geral da República gravação de conversa entre Joesley Batista e Ricardo Saud, provavelmente ocorrida em 17.3.2017 – um dia depois da gravação da segunda conversa com o Deputado Federal Rocha Loures.

Na conversa, fazem referência ao então Procurador da República Marcello Miller, levando a crer que ele teria orientado a gravação das autoridades.

As suspeitas da participação de membros do Ministério Público Federal na orientação das gravações promovidas por Joesley Batista convenceram o próprio Procurador-Geral da República – o qual pediu a prisão do ex-Procurador da República Marcello Miller – quanto à imputação de exploração de prestígio e pertinência à organização criminosa.

Há consistência nos indícios de participação de Marcello Miller na instigação à prática dos crimes gravados por Joesley Batista. Marcello Miller era Procurador da República, tendo atuado junto ao Gabinete do Procurador-Geral da República. Seria o condutor de investigações nas quais candidatos a colaboradores gravaram conversas comprometedoras com comparsas, como os casos das gravações executadas por Bernardo Cerveró e por Sérgio Machado.

Marcello Miller exonerou-se do Ministério Público Federal em 5.4.2017 e foi imediatamente atuar em escritório de advocacia que patrocinava o acordo de leniência das empresas da família Batista – Trench, Rossi e Watanabe.

Após a divulgação dos fatos, o escritório não apenas afastou Marcello Miller, mas também promoveu auditoria interna. Como resultado dessas apurações, forneceu troca de e-mails entre o então Procurador da República e a então sócia do escritório Esther Flesch.

Daí surgiram uma variedade de elementos que indicam (i) que a negociação do acordo de colaboração premiada começou a ser realizada muito antes do dia 27 de março, data apontada pelo Procurador-Geral da República como o marco inicial das negociações com os colaboradores do Grupo JBS e (ii) que membros da Procuradoria da República participaram ativamente na confecção dos anexos do acordo de colaboração e influenciaram sua redação:

a) Desde 14 de fevereiro, e ao longo de março, o Procurador da República Marcello Miller e a advogada Esther Flesch, então sócia do escritório Trench Rossi Watanabe, conversaram em diversas ocasiões sobre a defesa dos interesses do Grupo JBS, inclusive sobre os acordos de leniência e de colaboração que viriam a ser celebrados com o Ministério Público Federal. E-mail enviado pela advogada Esther Flesch ao Procurador Marcello Miller, em 31 de março, deixa claro que os honorários de êxito da negociação, que alcançavam cifras milionárias, abrangiam *“o conjunto de acordos de colaboração premiada e de leniência”*;

b) Em 24 de fevereiro, o então Procurador da República Marcello Miller viajou para São Paulo, com passagem paga pelo escritório Trench Rossi Watanabe, para encontrar-se com Joesley Batista, Francisco de Assis e Silva e Ricardo Saud. Na ocasião, Ricardo Saud mostrou anexos da proposta de colaboração premiada para o Procurador da República Marcello Miller, que revisou os documentos; (<http://g1.globo.com/globo-news/videos/t/todos-os-videos/v/marcello-miller-admite-que-se-reuniu-com-joesley-e-saud-quando-ainda-era-procurado/6142381/>)

c) Em 6 de março, o colaborador Francisco de Assis e Silva recebeu o Procurador da República Marcello Miller e a advogada Esther Flesch no escritório do Grupo J&F para assinar o contrato de prestação de serviço com o escritório Trench Rossi Watanabe (<https://www.oantagonista.com/brasil/joesley-gravou-temer-um-dia-depois-de-assinar-contrato-com-escritorio-de-miller/>). No dia seguinte, 7 de março, o colaborador Joesley Batista gravou conversa com o Presidente da República Michel Temer;

d) Nos dias 11 e 18 de abril, o ex-Procurador da República, tornado

advogado Marcello Miller, teve reuniões na Procuradoria-Geral da República para tratar da estratégia de acordos do Grupo J&F e seus executivos.

Essa circunstância levanta suspeita fundada sobre a licitude da prova, a ser avaliada na forma do art. 157 do CPP, e quanto à própria tipicidade das condutas.

O procedimento a ser adotado é o aprofundamento da investigação da participação do Procurador da República, com o potencial de levar ao trancamento desta investigação.

São elementos suficientes para suspender cautelarmente a possibilidade de utilização das gravações em ações penais, até a conclusão das novas investigações.

Como reforço, registro que há elementos levando a crer que outros membros do Ministério Público, que estão atualmente envolvidos nesta investigação, tinham conhecimento das investigações paralelas e gravações clandestinas. Dentre eles, o signatário da denúncia, o então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

É patente a postura do ex-Procurador-Geral da República, contrária à apuração transparente dessa circunstância relevante.

Já, em 20 de maio, dois dias após a divulgação dos acordos de colaboração firmados com os executivos da empresa JBS, defendeu ele a higidez do procedimento de negociação e a postura do Procurador da República Marcello Miller. Em nota à imprensa, afirmou que *“a Procuradoria-Geral da República esclarece que o ex-procurador da República e hoje advogado Marcelo Miller não participou das negociações do acordo de colaboração premiada dos executivos do grupo J&F”* (<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/nota-de-esclarecimento-5>).

Na mesma nota, a Procuradoria-Geral da República adotou a curiosa estratégia de circunscrever a atuação do Procurador da República Marcello Miller às negociações do acordo de leniência firmado pelas pessoas jurídicas das empresas do Grupo JBS, como se esse acordo não tivesse qualquer relação com os acordos de colaboração premiada firmados com os executivos:

“Cabe lembrar que a colaboração premiada é celebrada entre Ministério Público e pessoas físicas acerca de condutas tipificadas no Código Penal. Já o acordo de leniência é celebrado com pessoas jurídicas (empresas), refere-se a infrações de natureza cível contra a ordem econômica é de atribuição de procuradores da República que atuam em primeiro grau”.

No mês de agosto, em entrevista ao jornalista Roberto D’Avila, o Rodrigo Janot Monteiro de Barros defendeu novamente a atuação no caso do Procurador da República Marcello Miller, asseverando, enfaticamente, que *“meu ex-colega se demitiu da procuradoria, foi contratado por um grande escritório de advocacia e jamais trabalhou em um dia, uma hora, um minuto, um segundo sequer na questão da colaboração premiada dos réus colaboradores”*.

Na mesma oportunidade, declarou:

*“toda colaboração tem que ser espontânea, ela tem que ser voluntária. Se o Ministério Público provoca qualquer ato de colaboração, ele está anulando toda a colaboração. Essas gravações foram feitas uns trinta dias antes do que a gente começou a entabular as negociações com essas pessoas”, (...)*“o delator não combinou absolutamente nada com o Ministério Público”.

Mesmo diante da gravidade das suspeitas, optou deliberadamente por não adotar nenhuma medida séria de investigação dos fatos envolvendo o ex-Procurador da República Marcello Miller. Antes, buscou sempre minimizar e mesmo ridicularizar tais suspeitas, reiteradamente chamando de hipócritas os críticos dos heterodoxos métodos adotados pelo Ministério Público Federal e associando a defesa do Estado de Direito com interesses escusos.

Nesse sentido, em 19 de junho, Rodrigo Janot Monteiro de Barros declarou em evento público que:

“há também aqueles que operam no engodo, os que não têm compromisso verdadeiros com o país. A real preocupação dessas pessoas é com a casta privilegiada da qual fazem parte. Empunham estrepitosamente a bandeira do Estado de direito – que vergonha – mas desejam mesmo é defender os amigos poderosos com os quais se refestelam as regalias do poder”.

As críticas à política de acordos desenvolvida pelo Ministério Público Federal foram invariavelmente recebidas com agressividade, concretizada tanto por meio de declarações de seus membros quanto por meio de atitudes abusivas.

De posse da gravação da conversa entre Joesley Batista e Ricardo Saud, a providência óbvia a ser adotada seria a instauração de investigação, com o emprego de técnicas especiais de investigação, como a interceptação de comunicações, ou de outro meio de obter provas, como a busca e apreensão.

A reação do então Procurador-Geral da República foi o contrário. Em 4 de setembro, concedeu entrevista coletiva, anunciando a intenção de rever os acordos de colaboração premiada. Em linguagem enviesada, buscou atribuir a gravidade da situação a um suposto envolvimento do Supremo Tribunal Federal com atos ilícitos.

De forma contrária aos elementos constantes da gravação da conversa, circunscreveu qualquer evidência de ilegalidade de membros do Ministério Público Federal a um comportamento isolado do Procurador da República Marcello Miller. Na ocasião, não fez qualquer menção a outros integrantes do Ministério Público ou a si próprio, embora existissem elementos abundantes a demandar explicação detalhada.

Como hoje se sabe, os áudios revelados não indicaram nenhum envolvimento, remotamente suspeito, de membros do Supremo Tribunal Federal em qualquer tipo de atividade ilícita. Apontam, sim, para a possível participação de membros do Ministério Público Federal, inclusive do então Procurador-Geral da República, em atividades questionáveis, que contradizem versões anteriores, reiteradamente

mantidas. Criou-se um factóide, para desviar a atenção do problema central.

Logo após a irresponsável afirmação de envolvimento do Supremo Tribunal Federal em crimes, a Presidente da Corte, Ministra Cármen Lúcia, enviou *“ao diretor-geral da Polícia Federal e ao procurador-geral da República ofícios exigindo a investigação imediata, com definição de datas para início e conclusão dos trabalhos a serem apresentados”*.

A recalcitrância do então Procurador-Geral da República em investigar pode indicar uma série de propósitos, que se sobrepõem em graus progressivos de gravidade. Pode ser uma relutância em admitir um erro institucional. Um pouco mais além, pode indicar o objetivo de ocultar do Tribunal, da defesa e da sociedade irregularidades cometidas no curso da investigação. Bem mais grave, pode indicar o desejo de ocultar crimes ligados à própria investigação, como a condescendência criminosa (art. 320 do CP) ou eventual falsidade na documentação das diligências. Por fim, pode indicar proteção aos membros do MP contra a responsabilidade criminal pelo resultado dos delitos eventualmente induzidos com sua participação.

O esforço em reduzir danos e entregar o ex-Procurador da República Marcello Miller como o único responsável por eventual irregularidade briga com os fatos.

Marcello Miller não é o único membro do Ministério Público Federal mencionado no diálogo entre Joesley Batista e Ricardo Saud. Há também referência a outros integrantes da instituição, alguns deles atuando diretamente junto ao Gabinete do Procurador-Geral da República, que teriam conhecimento das investigações paralelas empreendidas por Joesley Batista e seus associados.

São mencionados o Procurador da República Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, o qual conduzia diversas apurações contra o Grupo JBS – Operações Greenfield, Sépsis e Cui Bono –, Eduardo Botão Pelella, Procurador-Regional da República, então Chefe de Gabinete de Rodrigo Janot, e o próprio Rodrigo Janot Monteiro de Barros. De acordo com a conversa, esses membros do Ministério Público Federal estariam cientes

## INQ 4483 QO / DF

de tudo, ou seja, da investigação clandestina conduzida por Joesley Batista e seus asseclas. Transcrevo um trecho:

“Joesley: O Janot sabe tudo! Janot... a turma já falou pro Janot.

Saud: Você acha que o Marcello [Miller] tá levando tudo pra ele?

Joesley: Não, não é o Marcello. Nós falamos pro...

Saud: Anselmo.

Joesley: Pro Anselmo, o Anselmo que falou pro Pelella, que falou pro não sei que lá, que falou pro Janot, o Janot tá sabendo... aí o Janot, esperto, o que o Janot falou: ‘Bota pra \*\*\*\*, bota pra \*\*\*\*’.”

Até a divulgação da conversa entre Joesley Batista e Ricardo Saud, a Procuradoria-Geral da República vinha negando completamente qualquer conhecimento prévio das gravações. O áudio tornou inegável a suspeita.

Não bastasse isso, as circunstâncias do contato inicial dos delatores com a Procuradoria-Geral da República são pouco esclarecidas.

Os autos refletem que, em 28.3.2017, foi realizada uma primeira reunião da defesa de Joesley Mendonça Batista, Wesley Mendonça Batista, Valdir Aparecido Boni e Ricardo Saud, representada pelo Advogado Francisco de Assis e Silva, com os membros da força tarefa da Lava Jato Eduardo Botão Pelella – Procurador-Regional da República – e Sérgio Bruno Cabral Fernandes – Promotor de Justiça, Coordenador do GT- Lava Jato-PGR.

De acordo com a narrativa feita na requisição de abertura deste Inquérito, em 7.4.2017, foi realizada reunião preliminar entre a defesa de Joesley Batista e seus associados e membros da Procuradoria-Geral da República, na qual teria sido fornecida ao Ministério Público cópia das gravações.

Esse dado não é consistente com as Informações 29, 30, 31 e 32/2017, produzidas pela Secretaria de Pesquisa e Análise da PGR, também

datadas de 7.4.2017 (fls. 61-72). O analista e o técnico do MPU que firmam os laudos relatam que analisaram o material atendendo a solicitação do grupo de trabalho que auxilia o Procurador-Geral da República na Operação Lava Jato, “por meio de solicitação verbal, em 06/04/2017”.

Ou seja, na véspera da tal reunião preliminar, o material já fora encaminhado ao corpo técnico.

O pedido de abertura deste inquérito foi protocolado em 24.4.2017.

O depoimento inicial do advogado da JBS Francisco de Assis e Silva, o qual também se tornou colaborador, dá conta de que o primeiro contato para a delação ocorreu em 19.2.2017, com o Procurador da República Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, sucedido de uma reunião no dia seguinte.

Em declarações tomadas após a divulgação da conversa entre Joesley Batista e Ricardo Saud, Francisco de Assis e Silva relatou que, em 2 de março, reuniu-se com o Promotor de Justiça Sérgio Bruno, chefe da equipe da força tarefa da Operação Lava Jato na Procuradoria-Geral da República. Na reunião, foi discutido “um documento com 13 itens detalhados sobre o que os executivos interessados em colaborar poderiam revelar” (<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/09/1917633-delator-contradiz-janot-e-relata-reuniao-antes-de-gravacao-oculta.shtml>). Além desse evento, houve mais dois contatos entre o delator Francisco de Assis e Silva e a Procuradoria-Geral da República antes do dia 27 de março.

Essas circunstâncias precisam ser bem apuradas, com a manifestação dos membros do Ministério Público mencionados.

Especialmente quanto ao então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, há ulteriores circunstâncias, mais uma vez indicando sua atuação em prol da opacidade das apurações.

Na conversa entre Joesley Batista e Ricardo Saud, afirma-se que outros dois membros do Ministério Público deixariam a instituição para a advocacia, seguindo o caminho aberto por Marcello Miller. Um deles, o próprio Rodrigo Janot Monteiro de Barros:

“Saud: É um amigo em comum, que é dono de escritório,

que é onde Janot vai trabalhar depois junto com... Já entendi, Marcello saiu antes, tem um outro saindo, Cristian.. e o Janot não vai concorrer, vai sair, vai vim advogar junto com ele e esse Cristian nesse escritório. Escritorio único, ele, esse Cristian e Janot”.

Aparentemente, o colaborador estava bem informado dos propósitos de Sua Excelência. Em 28.8.2017, em uma palestra no Rio de Janeiro, Rodrigo Janot Monteiro de Barros manifestou seu desejo de dedicar-se a mesma área de atuação que Marcello Miller, *compliance*. Foram suas palavras:

“O *compliance* é um passo à frente no nosso processo civilizatório. O objetivo é evitar o ilícito. Não acredito que atividade empresarial queira conviver com insegurança. A partir do momento que tem atividade regrada, em que empresa passa a internalizar o risco de sua própria atividade, ela compartilha com o Estado o controle. É algo bem interessante. O caminho vai ser este. É o que eu imagino para mim depois que eu me aposentar”. (<http://exame.abril.com.br/brasil/janot-diz-que-quer-trabalhar-com-compliance-apos-aposentadoria/>)

Não se conhece que, até aquele momento, tivera ele qualquer atuação no ramo da *compliance*.

Aparentemente, os acontecimentos recentes levaram a uma mudança de planos. Em entrevista recente, afirmou que pretende gozar férias acumuladas e licença até a metade do próximo ano (<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/09/1915329-janot-devera-ser-alvo-de-flechadas-ao-deixar-cargo.shtml>).

Por fim, dia 9 de setembro, na pendência do pedido de prisão, Rodrigo Janot Monteiro de Barros encontrou-se com o advogado que conduz a defesa da família Batista em processos criminais, Pierpaolo Bottini. O advogado e o Procurador tinham todos os bons motivos para encontrar, tendo em vista a relevância do caso, o ineditismo da suspensão de um acordo firmado pela PGR e as demais circunstâncias envolvidas.

Ambos confirmaram o encontro, muito embora tenham negado que a conversa tocou o processo em questão. Em nota, a Procuradoria-Geral da República esclareceu que Rodrigo Janot Monteiro de Barros “*frequenta o local rotineiramente*”.

O local, no entanto, fica fora do circuito de bares do centro da capital federal. Na foto tirada por passante, o conceituado professor da USP e advogado de uma das maiores causas criminais do País degusta uma cerveja gourmet, de costas para o salão. Do outro lado da mesa, em um canto espremido entre caixas de cerveja, cilindros de gás e manqueiras de chope, de costas para a parede, o Procurador-Geral da República está sentado, com os olhos protegidos por óculos de sol.

Como, de fato, o momento era propício para uma conversa entre acusação e defesa, as circunstâncias da conversa revelam ou uma infeliz e improvável coincidência, ou o objetivo do então Procurador-Geral da República de ocultar do mundo a própria existência da conversa.

Todo esse contexto indica o interesse do Ministério Público Federal de ocultar aspectos relevantes para a investigação. Talvez até de ocultar ilícitos perpetrados por membros da instituição.

Por todas essas razões, tenho que ambos os requerimentos devem ser acolhidos.

Ante o exposto, acolho a questão de ordem, para determinar a devolução dos autos à Procuradoria-Geral da República, para que limite a imputação aos atos *in officio* ou *propter officium*, e para suspender o envio da acusação à Câmara dos Deputados, até a conclusão das investigações sobre a participação de membros do Ministério Público na gravação dos investigados.

É o voto.