

QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO 7.074 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhora Presidente, o agravo regimental do Governador do Mato Grosso do Sul, Reinaldo Azambuja, discute a competência do Ministro Edson Fachin como relator, sob a alegação de falta conexão com casos da sua relatoria. Quanto a esse ponto, acompanho o eminente relator, mantendo a sua competência.

Vou concentrar minha manifestação na questão de ordem trazida ao Pleno. Há duas questões de julgamento nessa questão de ordem, como já vimos. Desde logo, felicito o eminente relator pela iniciativa de trazê-las ao Colegiado.

Ressalvado o caso trazido pelo Ministro Dias Toffoli, em outro momento, o HC já multicitado, esta é a primeira vez que a Corte se debruça sobre essa temática extremamente difícil, embora tenhamos – e vou fazer um levantamento, inventário – várias decisões monocráticas do Ministro Teori Zavascki. Desse modo, eu quero cumprimentar Sua Excelência por essa iniciativa, porque, como já foi destacado, inclusive no voto do Ministro Alexandre de Moraes, nós não estamos decidindo apenas este caso, estamos fixando, de alguma forma, um parâmetro para todas as instâncias. E isso é extremamente importante.

Há duas questões em julgamento nesta questão de ordem:

(i) A competência do relator ou do Colegiado para homologação do acordo de colaboração.

(ii) A sindicabilidade das cláusulas do acordo de colaboração pelo Poder Judiciário.

Antes de iniciar a fundamentar meu voto, desejo adiantar uma declaração dos propósitos que o regem.

Em primeiro lugar, é importante assentar que, nesta Questão de Ordem, não se discute a validade das provas obtidas com as delações que são o pano de fundo deste julgado – os acordos de colaboração dos executivos do Grupo JBS com o Grupo de Trabalho Lava Jato.

É supérfluo afirmar que este é um caso de perfil alto, porque envolve

a delação do Presidente da República, em troca de contrapartidas elevadas. Devemos policiar-nos para que essa circunstância não polarize o julgamento.

A oportunidade apresenta-se para lançar as bases não apenas para este caso, mas para tantos outros que virão. Não só a este Tribunal, mas para todas as Cortes do País. Por isso mesmo, é importante uma visão um tanto distanciada do caso concreto.

Mantenho dúvida pessoal sobre a impossibilidade de terceiro impugnar a homologação, na medida em que permitimos recurso de decisão unipessoal por qualquer prejudicado. Mesmo em hipóteses em que a lei não previa recurso – como o caso do indeferimento da suspensão de segurança, na vigência da Lei 4.348/64 –, a Corte aceitava a impugnação.

Lembro-me de que quando, na fórmula do Regimento, se adotou o indeferimento da suspensão de segurança como insuscetível de recurso, passamos, à época Advogado-Geral da União, a utilizar o mandado de segurança e, posteriormente, provocado pelo próprio Estado de Alagoas, revisamos a jurisprudência do Supremo e consideramos revogada a famosa e célebre Súmula 503. Portanto, essa indenidade que se está dando a este ato é algo singular. Será, de fato, o único ato indene a qualquer verificação, porque o último que existia, no âmbito desta Corte, era de fato aquele da Súmula 503, que restou superado, inclusive a partir de um voto de minha relatoria.

Entretanto, a jurisprudência formou-se, nesta Corte, no sentido de que o delatado defenda-se das provas que advêm da colaboração premiada, não do acordo de colaboração. Nem sequer a anulação do acordo lhe interessa, porquanto o que lhe interessa é contrapor as provas oriundas da delação.

Sob esse aspecto, a Lei 12.850/13 foi um avanço, pois prevê que o delatado tem direito a tomar conhecimento do acordo de colaboração – art. 7º, § 2º. O acordo de colaboração é também uma proteção ao delatado. É a comprovação de que o delator é interessado e, por isso mesmo, seu depoimento tem escasso valor probatório. O próprio legislador

preocupou-se em isso assentar, ao proibir a condenação baseada na palavra do colaborador – art. 4º, § 16, da Lei 12.850/13.

Do ponto de vista do delatado, o acordo também documenta a preferência do Ministério Público: a troca, ao todo ou em parte, da pena do delator pela punição do delatado.

Não acho que o sistema atual seja bom. Pelo contrário, o delator é fortemente incentivado a entregar delitos verdadeiros ou fictícios, especialmente quando os delatados são pessoas conhecidas.

Nós temos ouvido, todos nós recebemos em nossos Gabinetes advogados conhecidos que, pela fé do grau, dizem que delatores foram estimulados, inclusive com lista de nomes que deveriam ser delatados, sob pena de não colherem o benefício. Certamente, essas histórias aparecerão e gerarão uma série de questões. Isso já ouvi dos maiores advogados que estão participando dessas causas. Seguramente, ninguém negará o que se tem praticado e, como se sabe, não é uma prática escorreita, condizente com o Estado de direito. Quem faz isso não age de maneira correta. É preciso dizê-lo.

Estou convicto de que esse sistema expõe, de forma excessiva, a honra dos delatados, os quais são apresentados à sociedade como culpados, mesmo antes de saberem do quê. Faz tempo que venho chamando a atenção para esse ponto, e pretendo continuar, Presidente. Creio que temos que evoluir em soluções jurisprudenciais e legislativas, reforçando a presunção de inocência, sem impedir as investigações. Mas o caso concreto não é ideal para tanto.

Na medida do possível, pretendo evitar avançar na análise da validade do acordo de colaboração em questão, até por não ter sido essa questão trazida ao Colegiado pelo relator, em toda a sua extensão. Procurarei pontuar meu voto com outras experiências de colaboração premiada que são do conhecimento da Corte. Tenho que os diversos casos de delação são suficientes para demonstrar o abuso nas promessas ao delator e o pouco caso com direitos do delatado.

Dito isso, tenho que o que mais importa aqui é fixar as bases do controle judicial dos acordos de colaboração premiada. É nesse contexto

que quero assentar o propósito de meu voto: reforçar o controle jurisdicional dos atos de colaboração premiada. Já se falou aqui que nós teríamos um dever de lealdade para com a Procuradoria, por exemplo. Nós temos dever de lealdade para com a Constituição, e não para com a Procuradoria – pelo menos esse era o meu entendimento até semana passada. Ademais, a Procuradoria também está submetida à Constituição.

Nós já declaramos aqui, Ministro Dias Toffoli, a inconstitucionalidade de tratados internacionais. Não podemos ficar impedidos de analisar um acordo envolvendo infratores da lei. É uma premissa que precisa ser revisada, não pode ser dita aqui. É nesse contexto, portanto, que quero assentar o propósito do meu voto: reforçar o controle judicial dos atos de colaboração premiada, o que não significa outra coisa, senão colocar esta norma central da Constituição, a mais importante delas todas, que diz que não pode haver qualquer afetação à proteção judicial efetiva, que está no art. 5º, XXXV, que Vossa Excelência tanto enfatizou no seu voto, Ministro Ricardo Lewandowski.

Pretendo demonstrar, no curso da argumentação, que os parâmetros legais que deveriam reger os acordos nunca foram devidamente observados. Hoje, são cada vez menos lembrados. Criou-se um tipo de Direito Penal de Curitiba. Normas que não têm nada a ver com que está na lei. E, portanto, torna-se impossível o controle da legalidade. Pouco importa o que a Corte venha a decidir, porque certamente isso será mudado daqui a pouco, tendo em vista as más práticas que se desenvolveram.

É evidente que o Congresso não conviverá com essa sorte de abusos, a não ser que alguém edite um ucasse, proibindo o Congresso de legislar. Porque até isso se cogita, Presidente. Discutir a aprovação de uma lei de abuso de autoridade, um projeto de lei que supera a velha lei, feita por Milton Campos, em 65, se tornou obstrução de justiça. Quanta desfaçatez, quanto cinismo, quanta ousadia, quanto pensamento totalitário de quem já disse que discutir o projeto de lei, seja lá qual for, é obstrução de justiça. E Vossa Excelência, Ministro Edson Fachin, tem aí, sob a sua apreciação, casos desse tipo. É preciso realmente ter perdido o senso das medidas, é

preciso imaginar que é um tiranete quem age dessa maneira.

Por fim, pretendo demonstrar que, aqui e alhures, a outorga de poderes sem controle ao Ministério Público faz com que boas intenções degradingem em uma rede de abusos e violações de direitos fundamentais.

Feitas essas considerações, Presidente, passarei aos dois pontos do julgamento.

Começo destacando a **inobservância dos parâmetros legais, que deveriam reger os acordos.**

Os votos anteriores mencionaram que o acordo de colaboração está sujeito a uma discricionariedade mitigada pela lei, como bem nomeou o Ministro Alexandre de Moraes no seu voto. A legislação dá ao Ministério Público as opções possíveis a serem oferecidas ao agente colaborador.

Na mesma linha, o Ministro Edson Fachin ressaltou que o acordo é regido por normas de Direito Público, as quais delimitam o espaço negocial acerca dos benefícios que serão ofertados ao colaborador. Os demais votos não fugiram dessa orientação.

Ocorre que os contornos legais de negociação do acordo não foram observados até o momento – essa é a verdade, em todos os casos. Pelo contrário, ante a falta de um controle jurisdicional efetivo – e não estou fazendo crítica a Vossa Excelência, Ministro Fachin, ou ao saudoso Ministro Teori Zavascki –, o Ministério Público foi, de forma progressiva, fazendo uma nova legislação. Hoje, os parâmetros da lei têm valor meramente literário – é algo lítero-poético recreativo. Isso os próprios advogados reconhecem.

Prevaleceu o acordado sobre o legislado.

Discute-se tanto isso, no Direito do Trabalho, Ministra Rosa Weber, e, aqui, no Direito Penal, isso passou a ser a regra, obliando-se o princípio da legalidade estrita. "Ah, mas pode ser o direito de defesa do delator que está sendo afetado". Só que há o delatado também. Isso é um sistema, e a legalidade nunca poderia ter sido banalizada.

Veja, Presidente, não se trata de nenhuma reserva mental em relação à importância do programa e do combate à criminalidade, mas, como eu

disse outras vezes, combate a crime não se pode fazer cometendo crimes ou irregularidades.

No âmbito da Lava Jato, nunca houve maior preocupação em seguir à risca os parâmetros que deveriam reger a discricionariedade. E, de forma progressiva, novos expedientes foram introduzidos tanto em benefício do colaborador quanto da acusação, conforme as tratativas das partes.

As sanções premiaias previstas pela lei para acordos fixados até a sentença são o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade – até 2/3 – e sua substituição por restritiva de direito – art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/13. Além disso, a lei prevê que, mesmo que não acordado, o perdão pode ser requerido ao juiz, “considerando a relevância da colaboração prestada” – § 2º.

O perdão pode ser instrumentalizado por dispensa de ação penal, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração – § 4º.

Na colaboração posterior à sentença, a lei prevê a redução da pena até a metade e a relevação de requisitos objetivos para a progressão do regime prisional - § 5º. Esses são os parâmetros da lei.

Sob curiosa perspectiva, dois dos primeiros acordos de colaboração premiada realizados no âmbito da Lava Jato foram avaliados pela doutrina de J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão – Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo. *In Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 146, n. 4000, set/out 2016. pp. 16-38.

O objetivo do artigo era verificar se Portugal deveria colaborar com o Brasil, fornecendo provas ao caso Lava Jato. Os autores ressaltam que o Código de Processo Penal português trata dos métodos proibidos de prova em seu artigo 126. O dispositivo reputa nulas as provas obtidas mediante ofensa à integridade física ou moral das pessoas – § 1º. Mesmo com o consentimento da pessoa, é reputada nula a prova obtida mediante “promessa de vantagem legalmente inadmissível” – § 2º. Essa disposição encontra correspondência em outros países. Na Alemanha, vedação

semelhante está no § 136a, n. 1, do StPO.

Tendo isso em vista, os autores comparam as sanções premiaias prometidas a Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa com aquelas legalmente admitidas pela legislação. Apontam as seguintes condições acordadas, sem respaldo na legislação: redução da pena de multa; início do cumprimento da pena privativa de liberdade com a celebração do acordo, independentemente de condenação; fixação de requisitos menos gravosos para a progressão de regime da pena privativa de liberdade; suspensão de investigações e procedimentos, após atingido o teto de pena privativa de liberdade em outras sentenças.

Note-se que o início imediato do cumprimento da pena é, em tese, menos favorável ao imputado. As demais circunstâncias são *in bonam partem*.

Acrescento que, em nenhum dos acordos de colaboração da Lava Jato de que tenho conhecimento, foram convencionados os benefícios previstos na lei – redução ou substituição da pena privativa de liberdade. E faço aqui um inventário.

Para Paulo Roberto Costa, o acordo fixou, em substituição à pena privativa de liberdade, 1 ano de monitoração eletrônica; 0 a 2 anos de regime semiaberto, a serem dosados pelo Juiz; regime aberto no cumprimento do restante da pena. Convencionou-se desconsiderar o tempo de prisão processual anterior ao acordo no cálculo dos benefícios, um incentivo para a rápida adesão à colaboração. Quanto à prisão preventiva, foi acordado que, após os depoimentos, o Ministério Público postularia a sua substituição por monitoração eletrônica.

O acordo firmado com Alberto Youssef tampouco previa a redução da fração de pena. Previa uma pena máxima de 30 anos, dos quais o acusado cumpriria entre 1/10 e 1/6, após os quais passaria a um regime aberto.

Esse modelo de fixação de penas é o que tem sido seguido de forma geral. Sobre esse modelo, foram-se adicionando novidades, sempre estipulando pena sem prévia cominação legal, em flagrante conflito com o artigo 5º, XXXIX, da Constituição.

A Ricardo Pessoa, condenado à pena de mais de 8 anos de reclusão, a pena privativa de liberdade foi substituída por regime domiciliar diferenciado, uma espécie de prisão domiciliar, com possibilidade de progressão para regime aberto diferenciado, o qual consistiria em proibição de viajar ao exterior, salvo com autorização do Juízo; proibição de mudar-se de domicílio, salvo com autorização do Juízo; proibição de ausentar-se da Comarca de seu domicílio por mais de 15 dias, sem comunicação e autorização do Juízo; apresentação de relatórios semestrais acerca de suas atividades.

Além disso, várias outras cláusulas têm sido adotadas sem aparente respaldo na legislação. No acordo de Paulo Roberto Costa, a Procuradoria-Geral resolveu adiantar-se para ficar com uma fatia de 20% do que o colaborador devolvesse se fosse destinado aos órgãos responsáveis pela negociação e pela homologação do acordo de colaboração premiada que permitiu tal repatriação. 20%, um tipo de direito de honorários sobre o dinheiro furtado da Petrobras. Porque, como não há mãos a medir, e não há parâmetros de controle, pode-se inventar qualquer coisa. Daqui a pouco, também, pagamentos diretos aos Procuradores.

O Ministro Teori Zavascki fez o controle dessa cláusula, determinando a integral devolução do valor à vítima Petrobras, mas veja-se a que ponto se chega! Essa cláusula veio para referendo, para homologação! Como se o dinheiro da Petrobras agora tivesse que ser partilhado com os procuradores para compor seu orçamento! E, certamente, o juiz Moro já referendou várias dessas cláusulas! A falta de controle, Ministro Luiz Fux, custará caro para todo o sistema jurídico!

Cláusulas sobre a liberdade no curso do processo passaram a ser figurinhas carimbadas nos acordos, novamente sem embasamento legal.

E veja, Presidente, estou fazendo essa revisita ao tema, exatamente porque, certamente, a partir de amanhã, nós vamos estar discutindo isso, seja de *lege ferenda*, seja no contexto de toda jurisdição nacional.

Devo dizer até que nós mesmos, na Segunda Turma, que estamos afeitos a esse debate, tivemos pouca oportunidade de discutir essa

temática. Apenas quando se manifestou e se revelou aquele acordo envolvendo a participação de Sérgio Machado é que veio à luz que poderiam estar ocorrendo coisas exóticas! E, aí, inclusive, nas conversas que tivemos com o Ministro Teori Zavascki, ponderávamos que deveríamos analisar isso em sede de Colegiado.

O cumprimento antecipado da pena, uma espécie da prisão preventiva voluntária, também passou a ser uma previsão padrão. No caso de Sérgio Machado, por exemplo, o colaborador optou por cumprir antecipadamente a pena, depois desistiu – Pet 6.138.

O acordo de Sérgio Machado notabilizou-se também por colocar a salvo da recuperação de ativos bens em nome de familiares, especialmente dos filhos do colaborador.

O mesmo acordo transaciona com direitos legalmente inegociáveis. A Lei de Improbidade Administrativa veda “transação, acordo ou conciliação” em ações por ela regidas – art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92. Ainda assim, a cláusula 10ª afirma que o Ministério Público postulará que as sentenças que reconheçam a responsabilidade do delator, nas ações civis públicas em andamento, sejam “meramente declaratórias”. Isso está no acordo de Sérgio Machado, de forma, flagrantemente, *contra legem*. O acordo é revogatório da norma legal.

Há acordos suspendendo o prazo prescricional, de forma não correspondente ao previsto na lei. A Lei 12.850/13 prevê a suspensão da prescrição por até seis meses, prorrogáveis por igual período. No acordo de Sérgio Machado, foi acordada a suspensão prescricional por dez anos.

Esse ciclo de inovações parece ter chegado ao ápice nas delações do Grupo Odebrecht. Nessas, chegou-se a desafiar o art. 5º, LXI, da CF, segundo o qual ninguém será preso sem ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. A notícia que foi dada pelo repórter Walter Nunes, da Folha – eu já fiz referência, na outra assentada, a esse belo trabalho do jornalista – é de que foram acordadas as penas para pronto cumprimento. Matéria de 5.3.2017. Acesso em: 22.6.2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1863736-delatores-daodebrecht-cumprirao-pena-sem-condenacao.shtml>."

É, de fato, o novo Direito Penal e uma nova jabuticaba, nunca vista em lugar nenhum. É o Direito Penal Constitucional de Curitiba.

O Professor Gustavo Badaró foi ouvido pela mencionada reportagem. Seus comentários foram precisos:

“A lei 12.850, que regula a delação premiada, determina que haja três fases num acordo. A primeira é a negociação. Depois, a homologação por um juiz. E então a sentença, que será aplicada observando os benefícios negociados. O que se fez no caso da Odebrecht não foi isso. Existem pessoas que não foram sequer investigadas e vão cumprir pena sem inquérito, sem denúncia e sem sentença”.

É algo, realmente, de novidadeiro. Não cumprir pena sem inquérito, sem denúncia e sem sentença. É o novo Direito Penal, que viola o princípio da legalidade, mas, mais do que isto, viola a própria Constituição. Esses acordos passaram a ter força constituinte, porque revogam normas constitucionais. Por isso que se disse que se deve atentar para o acordo que é feito. Nós declaramos aqui, Ministro Luiz Fux, inconstitucionalidade de normas de tratados internacionais, mas não podemos fazer a verificação, segundo essas premissas, de um acordo de delação premiada.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – E o requisito da legalidade não estaria absorvendo essa questão importante que Vossa Excelência suscita e que é, talvez, uma hipótese?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Onde está? Qual é o dispositivo que autoriza? Isso tem que ser indicado.

Ainda no âmbito dos acordos da Odebrecht, foi estabelecida a cláusula por meio do qual os colaboradores abriam mão do sigilo legal da convenção.

Por fim, neste caso, os acordos foram oferecidos com a vantagem máxima: perdão, sem o oferecimento de denúncia. Como menciona a lei, esse benefício é reservado à colaboração inédita prestada por aquele que não é líder da organização criminosa.

Abro aqui parênteses, porque afirmo que não gostaria de descer a minúcias do caso concreto. Entretanto, tenho que comentar a manifestação do Procurador-Geral da República, que qualificou a verificação da posição de líderes da organização criminosa, pelos delatores, como triplo mortal de costas.

Segundo Sua Excelência, ao propor o acordo, o Ministério Público não pode afirmar se o delator é ou não líder da organização, sem vulnerar sua presunção de inocência. Não se poderia usar a própria colaboração contra o colaborador. Por óbvio, para ver se o benefício é possível, é preciso saber se o delator é o líder da organização. Do contrário, não seria possível, ainda que seja um juízo *a priori*, suscetível de revisão.

No momento da negociação, o Ministério Público, com base nas provas que já colheu e na palavra do colaborador, precisará posicioná-lo na organização. Esse é um dos parâmetros para definição da extensão do benefício. Trata-se de um juízo inicial, mas que pode ser executado sem vulnerar a presunção de inocência. O Ministério Público não deve, e não pode, oferecer o perdão àqueles que, nesta fase, poderia classificar como os líderes da organização.

O cotidiano do Ministério Público é oferecer denúncias, Presidente, contra pessoas que gozam de presunção de inocência, com base nas provas do inquérito. Em outras palavras, é da Instituição o primeiro juízo de culpa do presumido inocente. Esse mesmo juízo é realizado para avaliar a posição de liderança ou não. Se o MP entender que o colaborador não estava dentre os líderes, e propuser o perdão, o juiz deve fazer o controle dessa avaliação, ao homologar o acordo. Parece evidente! *Mutatis mutandis*, é o que o juiz faz ao analisar a admissibilidade de qualquer ação penal, ou ao apreciar o pedido de arquivamento de investigação.

Por outro lado, o Procurador-Geral da República está correto quanto a um segundo aspecto. Se, inicialmente, o MP entendeu que o colaborador não era líder, mas novas provas demonstraram o contrário, será uma questão de eficácia do acordo, que poderá dar ensejo à sua rescisão.

Nesse caso, o MP deverá propor a ação penal, ao final da qual o juiz, se concluir pela culpa do acusado, avaliará a prova e decidirá sobre a eficácia do acordo, na forma do § 11. Ou seja, na sentença, o juiz decidirá se o colaborador era mesmo líder da organização criminosa e o acordo foi corretamente rescindido, ou não.

Nesse segundo momento, a presunção de inocência exerce sua função. O Ministério Público terá o ônus de provar a qualidade de líder do acusado. São dois momentos diferentes. Cada qual com sua avaliação.

O mais relevante desse argumento não é o equívoco jurídico perpetrado. O importante é como ele se relaciona com o caso concreto. Como pretende o Procurador-Geral da República avaliar se Joesley Batista é o líder da organização criminosa? O Ministério Público acaba de isentar os delatores de responder a processos. Que tipo de investigação usará para provar o contrário?

Se for ele o líder, qual a consequência? As hipóteses de rescisão do acordo de Joesley Batista estão enumeradas na Cláusula 26. Ser o líder da organização criminosa não é uma delas. Isso não consta da fórmula de rescisão. Portanto, não está previsto. Logo, dentro do caráter absoluto que estamos atribuindo a esse acordo, este não poderia ser revisto. Afinal, temos que assegurar a segurança jurídica dos infratores, como tentaram nos ensinar.

É curioso! Nós declaramos a inconstitucionalidade, Ministro Ricardo Lewandowski, de tratados internacionais. Muitos países, hoje – sabemos todos –, evitam a declaração de inconstitucionalidade de tratados fazendo o controle preventivo. Mas não se pode fazer um controle de regularidade de um acordo de delação, porque vai deixar os infratores inseguros e o Ministério Público terá oferecido o que não poderá cumprir, ainda que tenha feito ilegalmente.

Não há, no acordo, previsão de ulterior investigação sobre o colaborador, ou seja, simplesmente não vai ocorrer nenhuma diligência para apurar essa questão. E já se sabe *ab ovo*, *ab initio* que é assim que se quer! Mesmo que a prova caia do céu, é duvidoso que ela sirva à rescisão da avença.

Mas o mais relevante aqui é o testemunho dado pelo Procurador perante a Corte sobre o acordo firmado sobre seus auspícios, que não parece corresponder à realidade.

Há outro aspecto relevante: o Ministério Público parece fazer uma interpretação restritiva da palavra líder. O líder seria único, infungível, magnânimo, chefe de todos os chefes.

A lei define organização criminosa como grupo criminoso de 4 ou mais pessoas. Se um jovem de 18 anos arregimentar 3 adolescentes para trazer maconha do exterior, com alguma regularidade de divisão de tarefas, eles serão uma organização criminosa transnacional. Será fácil identificar o líder numa situação dessas.

Mas organizações complexas e ramificadas não costumam ter uma liderança única. Quem é o líder do PCC? Quem é o líder do Comando Vermelho?

Ao que se sabe sobre essas organizações, o comando é dividido em colegiados ou separado territorialmente. Se as decisões foram tomadas por um colegiado, não teríamos nenhum líder. E se houver divisão do território, tampouco? Será que criminosos de alta patente dessas organizações poderiam ser perdoados sem sequer denúncia? Talvez um acordo de colaboração – para desenvolvermos a ideia *ad absurdum* – possa ser apta a rescindir as sentenças quase centenárias – por que não? – de Fernandinho Beira-Mar ou de Marcola, com as premissas que estão sendo assentadas. Basta que o Ministério Público diga que eles não são líderes da organização. Ou seja, se a organização criminosa é pouco mais que uma quadrilha, haverá um líder a ser responsabilizado como tal. Se é uma verdadeira máfia, ninguém responde como líder.

A própria lei traça como característica das organizações criminosas a divisão de tarefas. Muitas vezes, as organizações são redes de organizações menores que se relacionam entre si com permanência e estabilidade.

No tráfico de drogas, por exemplo, há grupos que se especializam no fornecimento, no transporte, na preparação, na venda, nas operações financeiras, etc. Há uma cadeia de agentes que se organizam de forma

mais ou menos horizontal, mas que compõem um único grupo criminoso organizado.

A própria denúncia oferecida quanto aos delatados divide a suposta organização criminosa em quatro núcleos: político, econômico, administrativo, financeiro. Não se descreve que alguém atuava como um líder máximo aos quais todos os outros núcleos prestavam contas – Inq 4.483.

Via de regra, corrupto e corruptor não se subordinam um ao outro, ao menos não de uma forma completa. Ambos lideram sua parte do esquema criminoso, mas ligados pelos laços que os unem em uma mesma organização. Ou seja, ainda que a legislação tenha usado a palavra líder no singular, uma organização complexa possivelmente terá vários líderes que caem e integram o seu escopo.

Também a precedência da delação, neste caso, é contestável. No caso da chamada Operação Lava Jato, é investigada organização criminosa a qual se dedicaria a vários crimes contra a administração pública e de lavagem de dinheiro. O núcleo político dessa organização está em investigação perante o STF, por ser alegadamente integrado por pessoas com foro perante esta Corte.

Originalmente, foi instaurado o Inq 3.889, depois desdobrado em relação aos diversos partidos políticos e seus colaboradores. Ao postular o desdobramento, o Procurador-Geral deixou claro que seu objetivo era a simples organização processual, mas que seguia a suspeita de que se tratava de um único grupo criminoso, ainda que com ramificações.

Pois bem, essa organização criminosa já foi delatada diversas vezes. O próprio núcleo político já fora delatado em várias oportunidades anteriores. Ou seja, é perfeitamente defensável que Joesley e Wesley são, em tese – ou poderiam ser –, líderes da organização criminosa e não foram os primeiros colaboradores. Nenhum dos requisitos legais, portanto, estaria claramente atendido, com todas as vênias do Ministro Edson Fachin.

De resto, essa é uma avaliação de legalidade, a qual não cabe relegar para momento futuro. Pior, e isso é grave, neste caso, em que não haverá

nem sequer denúncia – e essa é a aporia que precisa ser resolvida –, nem sequer existirá momento jurisdicional posterior para a verificação da eficácia do acordo. Essa é a pergunta a que se deve responder.

Fechado o parêntese, registro que, mesmo que não se adiante uma interpretação sobre as disposições legais que preveem o benefício, é fato que a compatibilidade do benefício com as hipóteses legais – aqui eu não estou ainda adiantando juízo definitivo, mas apenas fazendo exercícios hipotéticos – não é evidente. Ao menos em aparência, são benefícios e obrigações incompatíveis com a legislação.

Resta claro que os parâmetros legais, que deveriam reger os acordos, nunca foram devidamente observados. Hoje, são cada vez menos lembrados. Por isso que o saúdo mais uma vez, Ministro Edson Fachin, pela iniciativa de ter trazido esse tema ao Plenário; porque, pelo menos, consciente ou inconscientemente, todos nós temos que fazer esse tipo de contraste e verificar se vale esse novo Direito, em que se está escrevendo o acordado sobre o legislado, em matéria de Direito Penal, de direitos individuais – não só de delatores, mas também de delatados. E aí estaremos a reescrever a Constituição, com todos aqueles valores que nós considerávamos até ontem, Ministro Celso de Mello, como cláusulas pétreas; mas que, agora, podem ser dissolvidos por um acordo feito com o Ministério Público.

Passo a outro ponto do voto: **exercício insuficiente dos mecanismos de controle jurisdicional da legalidade dos acordos.**

Neste ponto, surge a questão: Houve o controle suficiente da legalidade dos acordos?

Demonstrar que os acordos estão sendo celebrados fora dos parâmetros da lei, talvez, não seja o suficiente para afirmar sua invalidade. Talvez as cláusulas do acordo estejam além do controle jurisdicional. O Ministro Edson Fachin argumentou que o Juízo não deve aprofundar a discussão sobre as cláusulas do acordo de colaboração, sob pena de vulnerar a regra que proíbe o julgador de participar das negociações. Isso foi objeto também de considerações alentadas no voto do Ministro Dias Toffoli, que mostrou, porém, que, em vários casos de

sua relatoria, ele fez por bem glosar as cláusulas e dizer que elas não seriam suscetíveis de homologação.

Ou seja, a avaliação da legalidade dos benefícios, em última análise, seria uma prerrogativa do Ministério Público. Há manifestações no sentido de que os benefícios desmedidos seriam aceitáveis.

O Ministro Roberto Barroso argumentou que benefícios, ainda que sem embasamento legal, seriam compatíveis com a Constituição. É sabido que o princípio da legalidade é especialmente rígido quanto às normas penais incriminadoras, por força do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Em favor da defesa, há alguma flexibilidade do ordenamento, admitindo-se o uso de normas de conteúdo indeterminado e de analogia. Ainda assim, no próximo título do meu voto, pretendo demonstrar que o princípio da legalidade também é importante *in malam partem*.

No momento, ressalto que, até agora, o Tribunal nunca afirmou que as cláusulas estão fora do controle jurisdicional. Pelo contrário, como mencionei, os votos anteriores amarram a discricionariedade do Ministério Público aos parâmetros legais. Ainda assim, não se pode dizer que a Corte avalizou a legalidade desse conjunto de cláusulas atípicas. Não parece que tenha ocorrido um efetivo cotejo entre o acordo e a legislação.

O STF vem estabelecendo uma praxe na homologação de acordos de colaboração premiada. Tem sido bastante rígido com o controle da voluntariedade. Muito embora os colaboradores, no mais das vezes, venham representados por advogados de excelente reputação profissional, os quais confirmam a voluntariedade de seus clientes, tem sido de estilo a oitiva do colaborador sem a presença do Ministério Público. Essa audiência, prevista em lei como mera faculdade, vem sendo escrupulosamente observada – art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13.

Quanto à legalidade, tem-se conhecimento de apenas um acordo cuja homologação foi negada por problemas substanciais. O Ministro Teori Zavascki devolveu o acordo de Pedro Correa à Procuradoria-Geral da República. O procedimento está em sigilo, não se tem informação oficial sobre a motivação da decisão. Entretanto, conforme noticiou

Fausto Macedo, do Estado de São Paulo, as declarações foram avaliadas como “vagas, sem provas específicas” e “amplas demais”. Matéria de 26 de outubro de 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/supremo-devolve-para-pgr-delacao-de-pedro-correa-que-acusoulula/>. Acesso em: 24.6.2017.

Muito embora sem homologação, as declarações do colaborador foram usadas contra delatados. O ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva pleiteia o acesso ao acordo nos autos da Pet 6.160. Reportou que dois termos de depoimento de Pedro Correa instruem ações penais em seu desfavor, em trâmite na 13ª Vara Federal de Curitiba. Negado o acesso pelo relator, sob o fundamento de que o acordo não fora homologado, pende de julgamento agravo regimental, ainda não apresentado à Segunda Turma.

Fora esse caso, temos a glosa de cláusulas não essenciais. O Ministro Teori Zavascki deixou de homologar cláusulas que importavam renúncia ao direito de acesso ao Poder Judiciário. Escreveu-se isso, inclusive de não usar *habeas corpus*. Lembro-me do Ministro Teori Zavascki indignado, chocado, com esse tipo de prática.

Também negou eficácia a cláusula do acordo de Alberto Youssef que previa a remuneração da PGR pela recuperação de ativos, cuidadosos 20% deveriam ser pagos à Procuradoria na devolução.

A Ministra Cármen Lúcia homologou as colaborações dos executivos do Grupo Odebrecht, com algumas ponderações sobre cláusulas restritivas a direitos.

O Ministro Dias Toffoli reportou a negativa de homologar acordo que quebrava sigilo de dados de terceiro.

Entretanto, as outras tantas cláusulas duvidosas relatadas antes foram homologadas sem discussão. Não houve argumentação específica afirmando sua validade. Um indicativo da insuficiência da análise é o tempo empregado na homologação do acordo – isso é fácil de ver. Só para ficar em um exemplo, os 77 acordos de colaboração dos executivos da Odebrecht, com volumosos anexos, foram apresentados ao Tribunal para homologação no final do ano passado. Em 19.1.2017, o relator,

Ministro Zavascki, faleceu trágica e repentinamente.

Os procedimentos de verificação da voluntariedade dos delatores foram suspensos pela Presidente da Corte, Ministra Cármen Lúcia. Em um segundo momento, a Presidente retomou as audiências e, em pleno recesso – ou seja, em um curto espaço de tempo –, homologou os 77 acordos.

A despeito da turbulência do momento e do número de acordos, a instrução e decisão, neste caso, demoraram pouco mais de 10 dias, contados da assunção da competência pela Presidência. Dez dias para homologar 77 acordos. Com toda diligência, com toda presteza, com toda seriedade que certamente a Presidente emprestou ao tema, é obvio que é um juízo de delibação, considerando inclusive todas as atas volumosas, com todos os anexos, como nós sabemos.

Não se pode dizer que, agora, houve uma decisão do Tribunal insuscetível de revisão, especialmente quando se trata de casos como este, em que se reconhece o perdão judicial. Por isso não haverá ação penal, denúncia.

Todos os delatores foram ouvidos e, de fato, algumas cláusulas foram glosadas. Entretanto, ao que se sabe, não houve fundamentação quanto a cláusulas duvidosas, como a aplicação de penas independentemente de condenação. Um grave problema para o qual nós temos que atentar.

De tudo, retiro que os mecanismos de controle jurisdicional da legalidade previstos na lei não estão sendo e não foram suficientemente exercidos. A validade dessas cláusulas nunca passou por um escrutínio verdadeiro da Corte.

Se nós, que temos a experiência que temos e que julgamos uma liminar em Plenário com os olhos de todo o Colegiado, depois de algum tempo, voltamos aqui e dizemos que essa decisão foi equivocada, imagine o que pode acontecer com esses acordos e com essa criatividade que estamos a ver nesse inventário que estou a fazer.

Aparentemente, até o momento, acreditou-se pouco na importância do controle de legalidade do acordo, por ocasião da homologação. Nos

acordos que homologou, o Tribunal não terá a oportunidade de rever cláusulas por ocasião do julgamento. No mais das vezes, a competência do Tribunal para homologação de acordo de colaboração decorre de prerrogativa de foro do delatado. Não tendo o colaborador prerrogativa de foro, a ação penal em seu desfavor é declinada para a primeira instância. Como se vai fazer essa verificação? Portanto, são os membros do Ministério Público em primeira instância que têm a atribuição de postular a aplicação do acordo firmado pelo Procurador-Geral da República. Da mesma forma, compete ao juiz de primeira instância avaliar os acordos homologados pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao que se sabe, até o momento, as cláusulas acordadas têm sido aplicadas nas instâncias inferiores, sem maior contestação.

De tudo, percebe-se de forma inequívoca que a legalidade dos acordos não está sendo avaliada em momento algum. Essa é a verdade dos fatos. Essa é a inequívoca verdade dos fatos. Não se está fazendo controle de legalidade. Enquanto se faz análise da voluntariedade, precário é o exame da legalidade. Mas, de novo, saúdo o Ministro Edson Fachin, por ter trazido o debate ao Plenário, permitindo que nós façamos essa análise vertical da temática.

Passo para o terceiro ponto do meu voto, Presidente: **falta de controle na persecução penal e violações a direitos fundamentais.**

O *hot site* da Operação Lava Jato informa que o STF já homologou 49 acordos de colaboração premiada no âmbito da investigação. Essas delações redundaram na investigação de 413 pessoas. Desse universo de investigados, 68 foram acusados. O número de denunciados é expressivo. No entanto, a subtração dos denunciados do número de investigados leva a uma indesejável conclusão: 345 delatados não foram acusados. Tramita nesta Corte um número expressivo de investigações contra pessoas que vivem do seu capital político, sem perspectiva de solução, seja redundando em uma acusação, seja em arquivamento.

Grande parte do parlamento e outros tantos políticos de projeção nacional estão sob a lupa da Procuradoria-Geral da República. Algumas investigações foram abertas já sem qualquer perspectiva de sucesso. Cito

alguns exemplos.

Foi aberta investigação, com base em depoimentos de Emílio Odebrecht, contra Fernando Henrique Cardoso, tendo em vista relatos superficiais de financiamento irregular nas campanhas de 1994 e 1998 – não sei se o relator anotou que já estava prescrito. A Procuradoria não anotou, mas o processo foi mandado para São Paulo. Essa investigação, declinada para a Justiça Federal em São Paulo, já nasceu tratando de fatos prescritos.

Para que se faz isso? É para brincar com o Supremo Tribunal Federal? Ou tem alguns propósito outros, políticos? Fatos prescritos dão ensejo a abertura de inquérito? É muito sério o que estamos falando. E, quem sabe, alguém ainda vai dizer: "Ah, mas, se decretar a prescrição aqui, nós estamos sendo desleais com a Procuradoria da República". Lealdade, volto a dizer, devemos à Constituição. Quem deve lealdade à Procuradoria-Geral da República são os procuradores. Eles que honrem a missão à qual foram investidos.

É uma proposta até muito curiosa, em que o rabo começa a balançar o cachorro. Parece que nós estamos realmente no tempo das inversões de todas as coisas. "Ah, mas, agora, segurança jurídica do acordo de infratores; nós não podemos analisar" – quando o sistema manda que se analise!

O Governador do Maranhão, Flávio Dino, foi delatado pelos executivos da Odebrecht. Teria recebido R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) não contabilizados para sua campanha ao Governo do Estado, em 2014. Nessa época, ele exercia o cargo de deputado federal. A contrapartida à doação irregular seria a tramitação de interesse da companhia, que beneficiaria a empresa na construção do Porto de Mariel, em Cuba. Este é até um caso curioso, interessante. Como sabem, Flávio Dino é do Partido Comunista do Brasil. Havia uma proposta, um projeto, que dizia, de forma caricata, que as leis americanas não se aplicariam ao Brasil. Esse projeto foi apresentado por trinta e tantos parlamentares, no interesse da companhia. Por quê? Porque a companhia construiria o Porto de Mariel em Cuba e entendia que isso seria algum tipo de blindagem

diante da legislação americana, que proibiria cooperação com aquele País. O Deputado Flávio Dino, que muitos de nós conhecemos muito bem, recusou-se a relatar esse projeto. Esse projeto não está relatado. Não obstante, ele está investigado. Digo sempre e repito: Lá, na Justiça Eleitoral, em que todos nós devemos rezar para não cometermos injustiça, mas, se o Espírito Santo não ouvir as nossas preces, não se fizer de intermediário dessas preces, pelo menos que ele faça uma outra mediação, Ministro Edson Fachin, que ele nos preserve o senso do ridículo, que ele não nos faça perder o senso do ridículo. Aqui, claramente, perdeu-se o senso do ridículo.

Mas tem mais. Sérgio Machado delatou o ex-Presidente José Sarney. Na época, Sérgio Machado era investigado em inquérito relatado pelo Ministro Teori Zavascki. Havia a perspectiva de cisão das investigações. Sérgio Machado procurou – em um leito de hospital, Ministra Cármen Lúcia, Ministra-Presidente – o já aposentado José Sarney, relatando sua aflição com a situação. Gravou a conversa. Na maior parte do diálogo, José Sarney responde com evasivas às manifestações de Sérgio Machado. No momento tomado por relevante, Sérgio Machado fala em evitar a remessa da investigação para Curitiba, ao que Sarney menciona que tem que “conseguir isso”, “sem meter advogado no meio”. Este senhor estava com um gravador, estava operando segundo aquela máxima que está nas dez medidas, que depois se repete neste caso também, o tal teste de integridade, que está sendo aplicado nessa linha do novo Direito de Curitiba, sem lei; já que o Congresso não aprovou, aplica-se isso. Pasmem, isso foi o que disse o ex-Presidente, o velho Presidente José Sarney, a quem este País tanto deve, inclusive pela transição democrática perfeita que logrou fazer. Mas veja o que se faz. O Procurador-Geral faz uma representação pela prisão preventiva do ex-Presidente e por busca e apreensão na sua casa. O Ministro Teori Zavascki rejeitou o pedido, alegando que não houve demonstração de que o plano de interferir em sua jurisdição era sincero e teve execução iniciada – decisão de 14.6.2016. De novo vale aquela premissa: se o Espírito Santo não nos ajuda e se não preserva o nosso senso de justiça, pelo menos rezemos para que preserve

o nosso senso do ridículo. Este é um caso que enche de opróbrio todas as instituições envolvidas, ação tipicamente midiática. Como se faz uma coisa dessa? Prisão preventiva de José Sarney por obstrução de justiça! Quanta ousadia, quanta falta de leitura, quanta irresponsabilidade!

Por mais de um semestre, o caso restou esquecido. Após a morte de Teori Zavascki, em janeiro de 2017, o Procurador-Geral recauchutou as representações por medidas cautelares, transformando-as – Vossa Excelência pode fazer a comparação inclusive no sistema *Word* – em pedido de abertura de inquérito. Inicialmente, não havia pedido de abertura de inquérito, agora, com a morte de Teori Zavascki, transformam-se em pedido de abertura de inquérito.

No novel inquérito, pretende investigar quantas vezes um advogado, notório amigo do magistrado falecido, esteve neste Tribunal. Para tanto, pediu a obtenção de todos os registros de entrada e de gravações dos deslocamentos do advogado neste Tribunal. E pedia mais, Vossa Excelência, inclusive, depois fez ressalva. Postulou o Ministério Público que ele pudesse participar diretamente da diligência ou praticá-la diretamente. Um tipo de delírio! Colocando em dúvida as informações que o Tribunal prestaria ao Ministério Público, Presidente. É o pedido que se fez de investigação do Doutor Ferrão, neste caso.

São fatos que não têm sido analisados, mas que devem ser ditos! Para colocar limites a esses absurdos! Trazer isso à luz do sol, para que não se diga que a expressão de que há uma ameaça de estado policial é uma expressão de retórica! Não! Há uma ameaça, sim! Verdadeira! Abusiva! E vilipendiam a dignidade da Corte! E não venham dizer que a Corte deve lealdade ao Ministério Público! Deve lealdade à Constituição!

Essa medida foi inicialmente deferida, mas posteriormente suspensa. A investigação pende de conclusão. Acho que suspensa, inclusive, a pedido, salvo engano, Ministro Edson Fachin, da OAB.

Todos esses casos têm muito em comum. Investigações sem futuro são movidas contra pessoas que não serão acusadas de nada, mas que, para demonstrar a própria inocência, teriam que produzir prova negativa. Já falei sobre isso aqui, e, lembrando, Ministro Ricardo Lewandowski, o

célebre caso dos dois investigados do STJ, Ministro Falcão e Ministro Marcelo Navarro. Qual seria o crime deles? Obstrução de justiça. De novo isso virou a panaceia! Quando não se sabe o que é, é obstrução de justiça, Ministro Dias Toffoli. Discutir projeto de lei é obstrução de justiça! Discutir lei de anistia é obstrução de justiça! "Ah, pode ser que eles teriam sido cooptados". Não houve um fato relevante, e eles estão lá, já há mais de 2 anos, a responder inquérito.

Agora, esse inquérito cumpre que função, Ministro Edson Fachin? De medrar o STJ, de inibi-los, tanto é que, há até pouco tempo, o STJ não tinha concedido um *habeas corpus* na matéria da Lava Jato. Esse era o objetivo! Vejam que forma covarde de lidar com o Judiciário! É preciso repudiar claramente esses métodos totalitários! Alguém tem dúvida de que esse inquérito será encerrado, de que não tem futuro? Não, mas ficasse alongando, pedem-se novas testemunhas, como se ninguém tivesse experiência, como se o Procurador-Geral não tivesse sido indicado a partir de mediações políticas. Poucos aqui, neste Plenário, podem dizer que não fizeram peregrinação política para serem indicados. Eu até poderia dizê-lo, mas não vou, agora, satanizar um Colega que teve que fazer.

Ficamos nós a dizer "ah, é só um inquérito, é só uma investigação", que não tem futuro algum. Vossa Excelência, Ministro Luiz Fux, tem dito isto: diante de inquéritos sem futuro, Vossa Excelência tem, inclusive, aberto ao investigado a possibilidade de manifestar-se. Práticas que todos nós estamos passando a adotar para evitar esse tipo de coisa. Por quê? Porque é muito fácil abrir inquérito. O difícil é fechar. Este é um caso que vai para o *Guinness* das arbitrariedades.

A delação premiada é fonte de um conflito de direitos – e isso está passando ao largo das considerações aqui. O delator beneficia-se da delação, na busca do prêmio previsto pela lei e pelo contrato. O delatado tem sua honra exposta.

Tendo em vista essa perspectiva de conflito, o legislador estabeleceu limites às sanções premiaias, as quais não ficam ao inteiro talante da acusação. É sabido que o princípio da legalidade é especialmente rígido

quanto às normas penais incriminadoras, por força do art. 5º, XXXIX, da CF. Em favor da defesa, há alguma flexibilidade do ordenamento, admitindo-se o uso de normas de conteúdo indeterminado e de analogia em favor do réu.

Ainda assim, o princípio da legalidade também é importante *in malam partem*. Em nosso sistema, a ação penal pública é obrigatória e indisponível. O Ministério Público não pode escolher quem vai acusar, ou desistir de ações em andamento. As hipóteses de perdão e de redução da pena são legalmente previstas. O juiz não pode absolver ou relevar penas de forma discricionária.

Projetando esse entendimento, apontam Canotilho e Nuno Brandão que “exclusões ou atenuações de punição de colaboradores fundadas em acordos de colaboração premiada só serão admissíveis se e na estrita medida em que beneficiem de directa cobertura legal, como manifestação de uma clara vontade legislativa nesse sentido” (op. cit. p. 24).

Prosseguem os autores:

“Só deste jeito, além do mais, será respeitada a função de salvaguarda de competência (kompetenzwahrende Funktion) que a par da função de garantia da liberdade (freiheitsgewährleitende Funktion), conforma estruturalmente o princípio constitucional da legalidade criminal. Na verdade, o princípio da separação de poderes, que se procura garantir e efectivar através da prerrogativa de reserva de lei formal ínsita no princípio da legalidade penal, seria frontal e irremissivelmente abatido se ao poder judicial fosse reconhecida a faculdade de ditar a aplicação e sanções não previstas legalmente.

O princípio da separação de poderes, que se procura garantir e efectivar através da prerrogativa de reserva de lei formal ínsita no princípio da legalidade penal, seria frontal e irremissivelmente abatido se ao poder judicial fosse reconhecida a faculdade de ditar a aplicação e sanções não previstas legalmente ou de, sem supedâneo legal, poupar o réu a uma punição. É o que sucederia, por exemplo, no caso de

atenuação de uma pena de prisão para lá da redução de “em até 2/3 (dois terços)” prevista no *caput* do art. 4º da Lei n. 12.850/13 ou de concessão de um perdão judicial em relação a um crime não contemplado pela Lei n. 12.850/13. Em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto inconstitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei”.

Escrito a propósito dessa lei, Ministro Luiz Fux, a propósito dessa lei. Agora, nós dizemos que o princípio da legalidade está revogado, que há um novo Direito, o Direito de Curitiba.

O estabelecimento de balizas legais para o acordo é uma opção de nosso sistema jurídico, para assegurar a isonomia e evitar a corrupção dos imputados, mediante incentivos desmesurados à colaboração, e dos próprios agentes públicos, aos quais se daria um poder sem limite sobre a vida dos imputados. Um sistema que oferece vantagens sem medida propicia a corrupção dos imputados, incentivados a delatar não apenas a verdade, mas o que mais for solicitado pelos investigadores. Todos sabem que isso está ocorrendo! Não há controle sobre isso! Também incentivaria a corrupção, em sentido amplo, dos próprios agentes públicos, que teriam a alternativa de usar a investigação para quaisquer propósitos pessoais. É sob esse enfoque que os acordos devem ser valorados.

Não quero, como disse, entrar nos detalhes deste caso concreto. Mas este caso concreto, a par de outros incidentes, gerou a prisão de um Procurador da República e uma névoa de suspeitas sobre a atuação de outro, que migrou para o outro lado e deixou de ser procurador para ser advogado, praticamente no mesmo caso.

A operação Lava Jato seguiu uma trilha de propinas, rastreando dinheiro que fluía de contratos públicos para campanhas políticas e para outras finalidades. Com o passar do tempo, as delações foram alcançando a classe política. É inegável a relevância do acordo de colaboração premiada como técnica de investigação que permitiu a demonstração de

fatos da maior gravidade, em larga escala, contaminando altos escalões. Entretanto, a preocupação em produzir volume de investigações, com ou sem futuro, parece ter-se tornado, com as vênias de estilo, ou sem vênias, um dos objetivos do Grupo de Trabalho da Procuradoria-Geral da República.

Vazamentos seriais dão o ritmo das apurações, revelando um propósito de enaltecimento da pujança dos investigadores e de desrespeito ao estado de inocência dos investigados.

O Ministro Teori Zavascki reclamava muito disso. Com aquele seu estilo, casmurro, um pouco, ele se dizia incomodado com os vazamentos. Na última vez em que nós estivemos juntos, Ministro Dias Toffoli e eu, com ele, em Georgetown, em Washington, ele reclamava demais. Sentia-se lesado, a toda hora, por esse tipo de prática. Certamente o sentimento – espero que não – que o Ministro Edson Fachin também tem diante desse tipo de ação midiática. Todos nós já tivemos casos que chegaram antes ao Jornal Nacional do que aos nossos Gabinetes. Mas é fato que o conflito de direitos é resolvido com o sacrifício dos direitos fundamentais dos delatados. Esse é o problema. Isso é ainda mais grave, tendo em vista a perspectiva de o Direito Penal desequilibrar o jogo político.

No Governo Dilma Rousseff, construiu-se a narrativa de que a Operação Lava Jato era politicamente direcionada contra o Partido dos Trabalhadores e seus próceres. Olhando em retrospectiva, percebe-se que esse é um erro de avaliação. O governo do dia foi o alvo inicial simplesmente porque seus agentes estavam na melhor posição para efetivamente performar atos de corrupção. Mas o erro é apenas parcial. Os objetivos da Lava Jato não são imediatamente políticos. A disputa é por poder entre os Poderes de Estado. Tanto é que estamos assentando aqui que a Procuradoria tem primazia, que nós não vamos negar à Procuradoria a homologação, porque eles celebraram acordos com bandidos e nós não podemos frustrar as expectativas dos bandidos! Que modo estranho de aplicar o princípio da segurança jurídica – com as vênias de estilo!

Nós, que declaramos a inconstitucionalidade de tratados

internacionais. O princípio da segurança jurídica já teve outra serventia, Ministro Celso de Mello. Já teve outra serventia! Não se faz o controle da legalidade, e agora nós não podemos ser desleais com a Procuradoria, que ofereceu o que não poderia ter oferecido! Que coisa!

Já se falou aqui que eu estava preocupado com uma dada tese, porque eu estaria perdendo. Quem perde causa ou ganha causa é advogado, Presidente! Juiz não perde ou ganha causa. Quem está vinculado a escritório de advocacia é que perde ou ganha causa.

Repito, mas o erro é apenas parcial: Os objetivos da Lava jato não são imediatamente políticos. A disputa é por poder entre Poderes do Estado, inclusive subjugando o Judiciário, e não se está percebendo isso! Está-se submetendo o Judiciário agora ao crivo da Procuradoria, inclusive essas ações que são enjambradas para amedrontar magistrados. Eu vivi isso no julgamento do TSE, Ministro Luiz Fux, Vossa Excelência estava lá. No meio da manhã, eclode um vazamento, tentando envolver o Ministro Napoleão em uma delação, causando tumulto no julgamento. Todos só falavam disso! Coisa de gente mau caráter! Realmente vocacionada! Esse tipo de gente é capaz de plantar cocaína no carro de um filho nosso. Quem faz esse tipo de vazamento, Ministra Cármen Lúcia, realmente é um celerado. No meio de um julgamento daquela importância, faz-se esse tipo de coisa, e se faz de maneira impune. Vossa Excelência estava lá, Ministra Rosa Weber, e vivenciou todo aquele tumulto! Nós tivemos que ter firmeza para evitar que aquele ambiente descambasse em um desvario.

Para além de vaidades pessoais, está em formação um quadro que permite que o Processo Penal domine o jogo político. Complementados pelo tapetão eleitoral costurado pela lei da ficha limpa, as investigações de maxicriminalidade das classes políticas e empresarial dão ao Ministério Público o poder de definir os rumos políticos do País; basta abrir um inquérito sem controle.

Não se sabe se já adentramos essa fase, mas estamos em um rumo certo nessa direção. E, ao fazermos a análise aqui, estamos reforçando esse tipo de poder: "Ah, não podemos frustrar a segurança jurídica dos

bandidos que fizeram acordo." O Ministro Moreira Alves certamente faria uma brincadeira se aqui estivesse, diria: "Ah, nós estamos realmente pagando tributo a nossa origem, a nossa formação de degredados".

Nunca vi enfatizar-se tanto a importância da segurança jurídica e todos sabem que eu tive jurisprudência muito firme e contribuí para a construção da jurisprudência sobre segurança jurídica neste Pleno.

Aqui e alhures, a confiança de poderes sem controle ao Ministério Público faz com que boas intenções degringolem em uma rede de abusos e violação de direitos fundamentais.

Nos Estados Unidos, uma série de leis que reforcem intervenções sem controle dos órgãos de persecução na esfera privada está colocando em sério risco o próprio tecido constitucional. Lá, a legislação permite que governos estaduais, por exemplo, confiscem propriedade privada sem formular acusação criminal com base na mera suspeita de atividade criminosa grave.

Um médico de uma pequena cidade do Alabama, chamado Richard Lowe, tinha por hábito guardar suas economias em caixas de sapato. Em 1990, por influência da esposa, depositou de inopino os seus recursos em uma conta bancária, um valor que chegava a pouco mais de U\$ 300.000 (trezentos mil dólares). O ingresso súbito de recursos levou o FBI a promover o congelamento extrajudicial dos recursos da família. O gerente do banco foi acusado de lavagem de dinheiro; o filho do banqueiro também, mas as acusações contra ele foram retiradas, após uma delação fajuta do pai. Apenas após 6 anos, o médico conseguiu reaver seus bens e limpar seu nome.

Segundo reportam estudiosos, a promotoria federal e o FBI sabiam que o médico e o banqueiro não estavam envolvidos em crimes. Simplesmente, acreditaram que o já idoso médico abriria mão de parte dos seus bens em troca de um acordo – ROBERTS, Paul Craig; STRATTON, Lawrence M. **The Tyranny of Good Intentions: How Prosecutors and Law Enforcement are Trampling the Constitution in the Name of Justice.** New York: Three Rivers Press, 2008.

Incentivos financeiros a delações são hoje uma realidade nos Estados

Unidos. Funcionários de companhias aéreas, farmácias, bancos, hotéis e outros negócios propícios são remunerados por indicar clientes “suspeitos”. Comprar uma passagem aérea com dinheiro, hospedar-se em um hotel sem bagagem ou fazer um depósito bancário podem ser condutas suficientemente suspeitas para levar a uma medida cautelar patrimonial. Os casos nem sequer precisam ser apresentados a Cortes. Incumbe ao prejudicado providenciar a prova de sua inocência.

Em entrevista à revista alemã *Der Spiegel*, Claus Roxin – muito conhecido no Brasil – opinou de forma contrária à adoção da colaboração premiada no direito alemão. Discutia-se, então, em 2005, a reinserção do instituto, o que veio a ocorrer em 2009, com a inserção do §46b no *Strafgesetzbuch* (StGB), o Código Penal alemão.

Ao ser questionado se a colaboração premiada auxiliaria a prestação jurídica, respondeu: “Ela tem muito mais um efeito simbólico. Com ela, o legislador pode dar a impressão de que quer fazer algo efetivo contra o crime”. (Entrevista Justiz. Praktisch nutzlos. *Der Spiegel*, 44-2005, 31.10.2005)

Mas, além de indicar ser contrário à completa despenalização dos crimes dos delatores, Roxin também argumentou – e essa é uma discussão que certamente vamos ter *de lege ferenda* – que:

“Se os criminosos escapam sem punição justamente por terem denunciado outro criminoso, isso é constitucionalmente problemático e ofende gravemente o senso comum de justiça. Se todos sabem que podem, em caso de necessidade, comprar sua própria liberdade, isso pode inclusive induzir à promoção de crimes. Além disso, o valor probatório dessas declarações compradas pela moeda da negociação é altamente questionável. A tentação de inventar mentiras ou induzir o aparato policial a seguir caminho equivocado é muito grande”. (Entrevista Justiz. **Praktisch nutzlos**. *Der Spiegel*, 44-2005, 31.10.2005)

No Direito alemão, há diversos tipos de cláusulas de colaboração premiada e antes mesmo da introdução de sua previsão na parte geral do

Código Penal, em 2009, havia a possibilidade de redução de pena de criminosos que colaborassem com as investigações.

Indica-se ser provável que uma espécie de colaboração premiada tenha sido prevista pela primeira vez na Alemanha já em 1805, no §398 do Ordenamento Criminal da Prússia (*Preußische Kriminalordnung*). Todavia, legislação especial sobre o tema entrou em vigor apenas em 9 de junho de 1989. Com previsão de ser aplicável apenas a crimes de cujo conhecimento fosse tomado até dezembro de 1992, teve prazo constantemente renovado, vindo a perder validade em 31 de dezembro de 1999.

A necessidade de nova previsão sobre colaboração premiada ganhou força especialmente após os atentados de 11 de novembro de 2001. O instituto acabou por voltar ao ordenamento jurídico alemão com a introdução do § 46b à parte geral do Código Penal.

Aplica-se aos casos em que o autor, tendo cometido infração punível com pena de prisão mínima ou sentença de prisão perpétua, tenha contribuído substancialmente para a descoberta de um crime previsto no § 100 do Código de Processo Penal do qual tenha diretamente participado, manifestando voluntariamente seu conhecimento, ou divulgue voluntariamente em tempo um crime previsto no §100a do Código de Processo Penal do qual tenha participado e cujo planejamento ele tenha conhecimento e possa ser evitado.

O próprio dispositivo indica como deve ser a aplicação das penas pelo Tribunal: uma pena de prisão perpétua deve ser substituída por uma pena de prisão de não menos que 10 anos. A fim de determinar se uma infração é punível com aumento da pena mínima de prisão, apenas serão levados em consideração agravantes para casos de especial gravidade, mas mitigações não devem ser consideradas. Se o delator participar da infração, a contribuição para a sua descoberta deve exceder a sua contribuição. Em vez de uma redução na sentença, o tribunal pode ordenar a extinção da pena se o crime for punido apenas com pena de prisão fixa e o encarregado não seja condenado a um pena que exceda 3 anos.

Para o cálculo, o dispositivo indica que a Corte deve dar atenção especial: 1. à natureza e ao alcance dos fatos divulgados e sua relevância para a descoberta ou para a prevenção da infração, o tempo de divulgação, o grau de apoio concedido às autoridades promotoras pelo delator e a gravidade da infração a que se refere sua delação, assim como 2. à relação das circunstâncias mencionadas no número 1 acima com a gravidade da infração cometida e o grau de culpa do delator.

Ao analisar a perspectiva alemã, André Buzari aponta que a aplicação da regra da colaboração premiada pode conduzir a diversas dúvidas sobre sua constitucionalidade por possível ofensa a princípios como da igualdade, da proporcionalidade, da culpabilidade, da legalidade e da finalidade da pena. (BUZARI, André. *Kronzeugenregelungen in Straf- und Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung des §46b StGB*. Hamburgo: Verlag Dr. Kovac GmbH., 2015, p. 69).

Nesse contexto, antes da reintrodução da cláusula da colaboração premiada ao Código Penal alemão, questionava-se muito sobre possível grave ofensa ao princípio da legalidade. O princípio da legalidade, um dos mais caros ao processo penal, não poderia ser substituído por um mero “senso de oportunidade” (*Opportunitätserwägungen*), algo como ocorre nos Estados Unidos nos *plea bargaining*. Buzari aponta que se tratava de receio sem sentido, já que a concretização dos benefícios acordados por meio da colaboração premiada não seriam, como no modelo americano, creditados pelo Ministério Público (*Staatsanwalt*), mas sim pelo próprio Tribunal. (BUZARI, André. *Kronzeugenregelungen in Straf- und Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung des §46b StGB*. Hamburgo: Verlag Dr. Kovac GmbH., 2015, p. 69).

E conclui: na colaboração premiada não há mudança de paradigma, o princípio da oportunidade não substitui o princípio da legalidade.

A injustiça do crime delatado deve superar a proporção da injustiça cometida pelo próprio delator, essa seria a principal forma de garantir-se a proporcionalidade na aplicação da pena. Isso porque a possibilidade de o delator ter sua pena reduzida e até mesmo extinta pode conduzir a um

déficit de justiça caso não sejam observados limites à aplicação do instituto, especialmente a proporcionalidade entre o ato delatado e a ação do delator.

Não apenas um delito tem o potencial de ofender o ordenamento jurídico, mas também uma reação penal desproporcional contra o mal feito, e isso inclui a confiança da população (BUZARI, André. *Kronzeugenregelungen in Straf- und Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung des §46b StGB*. Hamburgo: Verlag Dr. Kovac GmbH., 2015, p. 72).

No Brasil, é histórica a valorização do controle jurisdicional da acusação e da investigação. Para ações invasivas, a regra é a necessidade de ordem judicial. Nas hipóteses em que se dá a possibilidade de agir ao Ministério Público e à Polícia, sempre cabe o controle jurisdicional. No curso do julgamento, mencionou-se que o sistema acusatório confere a iniciativa privativa para a ação penal pública ao Ministério Público. No entanto, o sistema acusatório não impede que a lei confira ao Juiz o poder de fiscalizar a legalidade dos atos do MP. O controle do MP pelo Juiz é tradicional em nosso direito. Um promotor não tem nem sequer o poder de arquivar um inquérito. O Juiz pode controlar mesmo essa corriqueira providência, na forma do art. 28 do CPP. Também a lei deu ao Juiz o poder-dever de controlar a legalidade dos acordos de colaboração, inclusive recusando ou adaptando o acordo ilegal art. 4º, § 8º.

Não fosse assim, o acordo que dispensa a denúncia poderia ser jogado em uma gaveta na Procuradoria. A homologação judicial seria desnecessária. Se o controle tem que ser apenas simbólico, então deveríamos ser mais sinceros e declarar a inconstitucionalidade da própria exigência de homologação. E aí, sim, faríamos valer aquele discurso aqui feito de que o Ministério Público passa a ser a primazia, passa a julgar, supera o próprio Supremo Tribunal Federal. É isso que se quer? É isso que está na Constituição?

Foi o legislador quem não confiou no Ministério Público o suficiente para dispensar a atuação do juiz. E nem poderia fazê-lo, tendo em vista a premissa básica do Texto Constitucional, que garante que nenhuma lesão

ou ameaça de lesão poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário. Como já demonstrado, mesmo com o controle, abusos por parte da acusação não são infrequentes.

Estamos cultivando nossa própria versão do chamado "Direito Penal do inimigo". Delatados são investigados e presos até a própria delação, quando deixam de ser tratados como párias. O uso da prisão preventiva de maneira a subverter toda a noção que tínhamos de prisão preventiva, Ministro Edson Fachin. Só se solta depois de assinar o termo de delação. Isto é uma subversão de tudo aquilo que esta Corte desenvolveu até hoje. Abre-se um novo ciclo de prisões na expectativa da colheita de uma nova safra de delações. Delatados que não são presos são expostos e aguardam indefinidamente a oportunidade de limpar seu nome. Todos estão expostos a esse ciclo. Não há reputação fora do alcance do rolo compressor.

Pode-se encomendar uma delação, como muitos têm denunciado.

Talvez o maior representante desse ciclo seja o então Senador Delcídio do Amaral. Delatado, foi preso por ordem desta Corte, em uma situação, que eu vou relatar aqui, Presidente, Vossa Excelência viveu, nós a vivemos na Segunda Turma. Ainda recentemente discutia esse tema, o decreto desta prisão, com o Ministro Alexandre de Moraes. Porque o relato era de que ele estaria corrompendo testemunhas, obstruindo a Justiça, e, portanto, estaria em situação de flagrante delito.

Diga-se, Ministro Edson Fachin, em homenagem à memória do Ministro Teori Zavascki, que ele teve a lealdade para com a Turma de levar essa questão para sua discussão. Encerramos a sessão e fomos discuti-la. E ele nos convenceu, a despeito de ponderações do Ministro Celso de Mello, do Ministro Dias Toffoli e minhas, de que, naquele caso, fazia-se necessária a prisão.

Mas veja como a roda da fortuna é complicada. Qual era a narrativa, Ministro Luiz Fux? Era de que o banqueiro André Esteves estava fornecendo recursos para o pagamento do filho de Nestor Cerveró, teria dado aqueles cinquenta mil reais. E estaria também obtendo informações em Curitiba sobre o acordo de delação. Ao fim e ao cabo, isso ainda não

foi discutido.

Qual o tamanho do constrangimento para o Colegiado, Senhores Ministros, quando se descobriu que aquela narrativa era falsa. Esse dinheiro teria vindo de Bumlai e não do André Esteves. O preço disso foi só a quebra do banco, a partir de uma narrativa falsa, que envolveu o decreto de prisão preventiva. Por isso, nós temos que ter muito cuidado, muito escrutínio quando decretamos a prisão preventiva, porque é uma narrativa unilateral, imaginosa. Este é um fato de que nós somos testemunhas. Nós, que estivemos na Turma, sabemos disso. Devo louvar, de qualquer forma, a lealdade com que o Ministro Teori Zavascki pautou-se também nesse caso. Esse é um caso palmar de erro judiciário inequívoco, sob o qual não se fala, porque só se fala no sucesso.

O Ministro Sepúlveda Pertence foi despachar e usou essa expressão: "Estou diante de um escabroso caso de erro judiciário". O Ministro Teori Zavascki convenceu-se, nem permitiu que ele sustentasse e despachou monocraticamente. Quantos estarão eventualmente na situação desse banqueiro, a partir desse tipo de relato?

Mas eu falava sobre Delcídio do Amaral. Talvez o maior representante desse ciclo seja o Senador. Delatado, foi preso por ordem desta Corte. Após algum tempo de prisão processual, firmou ele mesmo um acordo de delação. Foi posto em liberdade e, em seguida, deu longa entrevista ao Programa Roda Viva – passou a ser uma técnica. É preso, delatado, agora, dá uma entrevista. Lá se apresentou como arrependido e disposto a mudar o País – grande herói. Vai mudar o País! Perguntando sobre os próprios crimes, respondeu com evasivas. Da mesma forma, quando perguntado sobre os malfeitos dos delatados.

Compete a esta Corte a guarda dos Direitos Fundamentais. Temos uma tradição liberal, de afirmação de direitos frente a invasões indevidas – venham de onde vier. Direitos Fundamentais assistem à pessoa humana em geral. Opressores e oprimidos. Fortes e fracos. Governantes e governados. Renegar essa tradição representaria um retrocesso incontornável.

Só para ficar em exemplos, no Caso Battisti – Vossa Excelência estava

aqui –, a Corte deixou de determinar a entrega de um assassino condenado, acolhendo uma suposta prerrogativa da Presidência de decidir sobre a entrega. Este caso só foi decidido dessa maneira, porque o Ministro Celso de Mello restou impedido, porquanto a sua posição era no sentido da obrigatoriedade. Mas respeitou-se o direito de um criminoso, claro, violento, que não tinha nada, não tinha aura política nenhuma. E veja, e a Corte era composta por gente que sabia do que se estava falando, não era gente que não sabia o que era uma alvará de soltura, não.

No caso Mensalão, a ilustrada maioria preocupou-se em oferecer a defesa mais ampla possível, inclusive recursos de decisões do Pleno para o próprio Pleno – e afastando condenações.

Também preocupa a manipulação política do processo penal. Fico em um exemplo. Em 5.12.2016, o Ministro Marco Aurélio concedeu medida cautelar, determinando o afastamento do Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado. Dois dias depois, o Pleno da Corte revogou a ordem – ADPF 402. Na segunda-feira seguinte, o Procurador-Geral da República valeu-se de investigações que, havia longa data, tramitavam para oferecer duas novas denúncias contra o Senador. O Ministro Teori Zavascki, sem alarde – mas talvez devesse ter feito, porque isso é pedagógico –, considerou tão açodadas as novas postulações que devolveu as petições à PGR. As denúncias vieram desacompanhadas de quaisquer provas. Disse o Ministro que, naquele caso de Renan, que julgamos aqui, já tinha dito que estava acolhendo a denúncia contra Renan, o caso da pensão, que se transformou em um caso de locação de automóveis; disse o Ministro Teori Zavascki, de forma constrangida, porque era evidentemente inepta.

Nós somos de um tempo, Ministro Celso de Mello, em que sabemos bem quantas denúncias ineptas foram aviadas perante esta Corte. O Doutor Cláudio Fonteles era conhecido pelos corredores do Supremo Tribunal Federal como Doutor Inépcia, mais de 50% das ações eram ineptas, além daquele jeito extravagante de escrever, nem português sabia.

O Ministro Teori Zavascki considerou tão açodadas as novas

postulações que devolveu as petições à PGR. As denúncias vieram desacompanhadas de quaisquer provas. Nem sequer os autos do inquérito, ao qual faziam referência, foram entregues à Corte. Os cadernos processuais estavam baixados em diligência na Polícia Federal. Uso de ação com o propósito de vingança! Isso é flagrantemente abuso de autoridade! Por isso é que não se quer uma lei de abuso de autoridade, evidentemente!

Presidente, concluo essa parte introdutória do meu voto reafirmando o meu pressuposto: o acordo de colaboração premiada deve ser admitido, desde que esteja nos limites da lei.

Compete à Corte realizar o controle efetivo e eficaz dessa legalidade, que tem como limite apenas o espaço conferido pela lei para o juízo de conveniência e de oportunidade da acusação e da defesa.

Trata-se de uma exigência não apenas da lei, mas da própria Constituição, na medida em que a delação é altamente invasiva aos direitos fundamentais dos delatados.

Reafirmo a importância que a colaboração premiada tem para a apuração de crimes. Ainda assim, sem controle, o instituto pode descambar em direções perigosíssimas, Presidente.

Estabelecidos esses parâmetros, passo a apreciar as duas questões que estão em julgamento nesta Questão de Ordem.

Princípio pela competência do relator ou do Colegiado para homologação do acordo de colaboração.

Há argumentos sólidos para afirmar a competência do relator para homologar monocraticamente acordos de colaboração premiada. A Lei do Processo nos Tribunais afirma que o “relator terá as atribuições que a legislação processual confere aos juízes singulares” – art. 2º, parágrafo único. O Regimento Interno do STF dá ao relator atribuições de ordenar e dirigir o processo, determinando medidas instrutórias – artigo 21, I e II. Por fim, a Corte pronunciou-se sobre esse ponto específico, afirmando que o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, sendo de competência do relator admiti-lo – HC 127.483, Relator Ministro Dias Toffoli, como já foi aqui multicitado.

Concorri com a maioria daquela feita. Entretanto, a questão da competência do relator não era o ponto principal daquele julgamento. Aqui, a questão apresenta-se de forma consideravelmente mais madura. E o próprio Ministro Dias Toffoli disse que aquilo era um processo *in fieri* que se estava fazendo, que não havia ainda definição, porque era o primeiro caso que nós analisávamos na Corte.

Tenho que a melhor interpretação deve ser no sentido de que a homologação compete ao Colegiado. O acordo de colaboração não é simples meio de obtenção de prova. Seu efeito não se limita às provas que serão oferecidas pelo colaborador. O acordo de colaboração é também um negócio jurídico processual, que traz efeitos benéficos ao colaborador. Como já decidiu o Pleno, a ele se agrega “o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.” Com base nele, o Ministério Público pode deixar de deduzir denúncias, rompendo o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ou as penas cominadas são reduzidas, ou as penas aplicadas são revistas.

Sob esse aspecto, não há nada de cautelar na colaboração. Pelo contrário, estamos debatendo em que medida a homologação vincula a decisão final. Mas parece certo, pelos votos até agora, que a regra é a observância obrigatória do acordo no julgamento.

Assim, nos processos de competência de Tribunal, o acordo homologado vinculará o Colegiado, o qual, na fase de julgamento, avaliará a eficácia do acordo tão somente.

Um ato de tal importância deveria ser realizado desde logo pelo Colegiado. Sob outro aspecto, quando o acordo de colaboração chega ao ponto do perdão com a dispensa de denúncia, a decisão unipessoal é ainda menos compatível com o sistema. Nesses casos, a lei redundava em duas decisões penais graves: o reconhecimento da culpa do acusado e a dispensa da aplicação da pena correspondente. São dois juízos de mérito da maior relevância. Não há consistência em projetar para tal hipótese a competência do relator para aplicar medidas cautelares.

A meu juízo, o argumento mais relevante para a submissão direta ao

Colegiado é a insuficiência do controle realizado até o momento, a qual tentei demonstrar de forma cabal.

Acresço que a submissão aos juízos singulares reduz o espaço para a contestação aos acordos, ou mesmo para a formação de jurisprudência sobre o tema. Os acordos acabam homologados pelos juízes de primeira instância e, eventualmente, por relatores. Não há debate em sessão de julgamento. Isso atrapalha a própria evolução do instituto. Daí uma preocupação surge, que pretendo aprofundar mais adiante em meu voto: o Ministério Público vira o senhor e possuidor da colaboração premiada.

Neste caso concreto, há a peculiaridade adicional de a autoridade delatada ser o Presidente da República. A Constituição reserva ao Supremo Tribunal Federal a competência para o processo e julgamento do primeiro mandatário – art. 102, I, “b”. Talvez seja a mais grave das atribuições da Corte.

Em um caso dessa monta, juízos monocráticos devem ser reduzidos ao indispensável. Por óbvio, na ocasião em que o acordo foi firmado, não era possível trazer sua avaliação ao Pleno, tendo em vista a imperiosidade do sigilo. Isso não impediria, entretanto, que a homologação fosse feita *ad referendum* do Colegiado. Tenho que é essa a praxe a ser adotada. Os acordos devem ser avaliados pelo relator, mas sua homologação deve ocorrer no Colegiado.

Prossigo apreciando a questão da **sindicabilidade das cláusulas de acordo de colaboração pelo Poder Judiciário**.

Essa é uma última questão trazida pelo relator, diz respeito aos parâmetros a serem empregados no controle do acordo de colaboração premiada. Início a análise desse ponto, retomando algo que foi dito pelo Procurador-Geral da República em sua sustentação oral.

Sua Excelência afirmou que, se o Poder Judiciário realizar o controle do acordo, o Ministério Público, ao acordar, promete, mas não sabe se poderá cumprir. Haveria aí uma ameaça à segurança jurídica. Ao prometer o que está na lei, o Ministério Público tem relativa certeza de que poderá cumprir sua parte do acordo. Entretanto, resta claro que o Ministério Público não se conforma com os limites legais, ao menos nos

acordos firmados no âmbito da Lava Jato. Ou seja, primeiro o Ministério Público se assenhorou da lei, agora empurra a culpa da insegurança jurídica para o Poder Judiciário.

Muito interessante! E passamos nós a dizer que não podemos ser desleais com o Ministério Público. Embora ele venha sistematicamente não cumprindo a lei. Muito interessante esse argumento de segurança jurídica!

Esses dias, um amigo português dizia que nós temos malbaratado o Direito Constitucional e adotamos interpretações as mais flexíveis. E, em tom um tanto quanto jocoso disse: "Gilmar, acho que vocês criaram o Direito Constitucional da malandragem!"

Eu fiquei entre perplexo e meio ofendido. Depois, ele me explicou o que estava a dizer: tudo se permite em nome de qualquer interpretação e de qualquer finalidade! Aqui está acontecendo isso! O que a lei diz não vale! E, se se descumpriu a lei, agora nós estamos obrigados a respeitar a segurança jurídica porque houve um acordo de infratores.

Há dois momentos de controle judicial do acordo: o primeiro, a homologação (verificação de regularidade, legalidade e voluntariedade, art. 4º, § 7º), e o segundo a avaliação da eficácia (§ 11).

O momento da homologação é o momento do controle de legalidade do contrato. Muito embora os precedentes afirmem que o juízo de homologação é superficial, esse momento é sim propício para a avaliação profunda da legalidade do ato. As lições de Direito Privado e de Processo Civil, segundo as quais o magistrado faz mero juízo de delibação, ficando na periferia do ato, não se aplicam. Não cabe "examinar aspectos relacionados à conveniência ou à oportunidade do acordo", ou investigar a veracidade ou não dos atos de colaboração. Mas o Juízo de legalidade é vertical. Estamos falando de um negócio jurídico regido pelo direito público, que excepciona a regra da obrigatoriedade da ação penal. É a própria lei que afirma que, nesse momento, o Juiz avalia a legalidade do acordo. Como já afirmei, tenho que o debate, no Colegiado, é uma ferramenta importante para que a avaliação seja mais completa.

De minha parte, pretendo trazer ao Colegiado eventuais acordos de

colaboração sob minha supervisão, independentemente da decisão que venha a ser tomada neste julgamento. Acho que é grande demais a responsabilidade do relator para ficar consigo, há uma preclusão jurídica absoluta, como se disse aqui. Melhor será, se o Tribunal assim entender, que diga que a norma da homologação é inconstitucional e entregue tudo ao Ministério Público e se coloque em uma posição subalterna em relação à Procuradoria-Geral da República e passe a ele o título de tutor da Constituição.

De minha parte, pretendo trazer ao Colegiado eventuais acordos de colaboração sob minha supervisão, ao menos a título de referendo, nas hipóteses em que haja urgência ou sigilo. A divisão da decisão com o Colegiado é de rigor.

Por todas essas razões, vou divergir do relator, com todas as vênias, com todo o respeito, propondo que, neste caso e nos futuros, a homologação dos acordos de colaboração seja feita no Colegiado competente.

Dito isso, passo a analisar o juízo a ser feito no segundo momento, o da sentença. Na sentença, o juiz julgará o colaborador. Se concluir que ele é penalmente responsável pelo delito imputável, chegará a um juízo condenatório. Só então passará a dosar a pena. Dentro da aplicação da pena, aplicará a sanção premial, se configurados os seus requisitos. É isso que a lei diz, ao afirmar que o acordo é causa de perdão, redução ou substituição da pena privativa de liberdade – art. 4º, *caput*.

A lei parece muito clara nesse ponto. A aplicação da pena compete ao Juiz. Não se deixou espaço para convenção, *a priori*, de penas.

O Juiz não é parte do acordo de colaboração – art. 4º, § 6º. Logo, não fica por ele vinculado. O Ministério Público não tem poder para prometer que, do acordo, resultará tal benefício. Em nome próprio, o Ministério Público pode comprometer-se a pleitear a sanção premial e, se assim as partes acordarem, a recorrer da decisão que a negar, ou a aplicar de forma insuficiente. Se fizer mais do que isso, estará prometendo fato de terceiro.

Isso não quer dizer que o julgador esteja livre para ignorar a sanção acordada. Havendo previsão de benefício válido no acordo, e sendo o

acordo devidamente cumprido, o julgador deve aplicar o benefício. Incumbe ainda ao juiz dosar o benefício, tendo como parâmetros “a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração” – art. 4º, § 1º.

Nesse sentido, ao aplicar benefícios a colaboradores do Grupo Odebrecht, na Ação Penal 50549328820164047000, decidiu Sérgio Fernando Moro: “Cabe somente ao julgador conceder e dimensionar o benefício. O acordo celebrado com o Ministério Público não vincula o juiz” – é o que diz Sérgio Moro, nós estamos dizendo o contrário – “mas as partes às propostas acertadas”.

Prossegue: “Não obstante, na apreciação desses acordos, para segurança jurídica das partes, deve o juiz agir com certa deferência, sem abdicar do controle judicial”.

Veja que até o Direito emanado de Curitiba parece ir em outra direção em relação àquilo que nós estamos enunciando no Plenário.

Na mesma linha, em sua sustentação oral, o Procurador-Geral da República afirmou que o controle da “questão de fundo” ocorre por ocasião do julgamento. Portanto, trata-se de uma fase de verificação do adimplemento das obrigações contratadas, que deve observar os parâmetros constantes do acordo, desde que o acordo esteja em conformidade com a lei. Além disso, como já afirmado, o controle da legalidade, por ocasião da homologação, é um fracasso. Penso ter demonstrado isso.

Não se pode negar o espaço de controle do acordo, por ocasião da sentença. Acrescento que a própria validade do acordo, como negócio jurídico, pode ser revista na sentença, de acordo com os parâmetros de apreciação da validade dos negócios jurídicos em geral. O acordo de colaboração premiada constitui-se como espécie de negócio jurídico e tem como objeto a obtenção de provas para instrução do processo criminal, com vistas a alcançar algum dos resultados previstos nos incisos I a V do art. 4º da Lei 12.850/13.

Tratando-se de espécie do gênero negócio jurídico, os acordos de

colaboração premiada devem sujeitar-se à análise de preenchimento dos requisitos exigidos para a verificação da existência, validade e eficácia, assim como qualquer outro negócio jurídico submetido ao ordenamento nacional. Como já demonstrou aqui, no seu voto, o Ministro Dias Toffoli.

Assim, a validade do negócio jurídico – incluindo-se a espécie de que ora se trata – exige o preenchimento dos requisitos básicos: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma juridicamente adequada. Nesse sentido, o exame da validade e eficácia dos negócios jurídicos requer análise que se situa além dos limites da verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade, própria do juízo homologatório. Exige-se, igualmente, a perquirição a respeito da existência de algum dos defeitos do negócio jurídico que eventualmente possam afetar sua validade ou eficácia.

Desde já, enfatize-se que o exame da voluntariedade não se confunde com o conhecimento da manifestação de vontade, como requisito intrínseco de validade de qualquer negócio jurídico. Não há como, no âmbito do conhecimento perfunctório, o exame de todas as circunstâncias em que a manifestação de vontade foi declarada, para afastar, *a priori*, qualquer juízo acerca da inexistência de vícios.

Se nós formos fazer aqui, honestamente, um exame de quanto tempo cada relator dedicou para a homologação de acordos complexíssimos e de todos os seus anexos, certamente, veremos que isso foi feito de maneira inevitavelmente apressada. Não havia outra alternativa. Como eu chamei a atenção, a Presidente, em dez dias, decidiu todos esses casos ligados à Odebrecht, e não tinha outra alternativa. Agora, dizer que isso é definitivo e que houve uma preclusão geral jurídica que impede a revisão em nome da segurança jurídica parece um pouco demasiado, a ultrapassar qualquer senso prático.

Como defeito do negócio jurídico, a manifestação de vontade viciada é caracterizada quando há uma dissociação entre a declaração da parte e a ordem jurídica. Nesse sentido, o vício na manifestação de vontade pode verificar-se quando há uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada, considerando as circunstâncias específicas em que foi

externada; ou, ainda, quando houver determinada manifestação, que, muito embora condizente com a vontade real, é dissonante da norma legal que a atribui os efeitos jurídicos pretendidos.

Há, portanto, significativa diferença, nesse particular, entre o juízo a respeito da voluntariedade e da conformidade da manifestação de vontade válida e eficaz – notadamente à luz dos requisitos previstos na Lei 12.850/13. A declaração do agente – ou da autoridade – poderá ser absolutamente voluntária, mas contrária às finalidades previstas na lei em questão, notadamente no que diz respeito ao alcance dos resultados previstos no art. 4º, incisos I a V. O crivo relativo ao atendimento aos requisitos legais, evidentemente, refere-se a atividade tipicamente jurisdicional, de conhecimento exauriente – distinto, portanto, do juízo homologatório. A atividade jurisdicional, nesse particular, não é passível de ser suprimida ou mitigada pela manifestação de vontade das partes contratantes.

Essa análise de regularidade da manifestação de vontade, com vistas a afastar qualquer defeito intrínseco do negócio jurídico, não se operacionaliza em juízo perfunctório. Primeiramente, porque a relação colaborativa, nessa oportunidade, ainda se encontra em fase inicial, para o atendimento do fim último direcionado à produção de provas. Em segundo lugar, porque a manifestação de vontade, nesse particular negócio jurídico, é externada no âmbito de processo ou procedimento que poderá resultar, a depender do sucesso ou insucesso do acordo, na própria restrição de liberdade do agente.

Não é trivial, portanto, a análise da autonomia da vontade, como elemento constituinte básico da declaração de vontade, em circunstâncias nas quais o agente negocia a própria liberdade. Em hipótese na qual o agente, constrangido (ainda que legitimamente) por processo ou procedimento de natureza criminal, que poderá resultar em sanção penal, a depender do êxito em sua negociação, a declaração poderá corresponder integralmente à vontade real – à voluntariedade na conclusão do acordo –, bem como poderá evidenciar o mais genuíno empenho no sucesso da empreitada.

Ainda assim, haverá de ser analisada a sua correspondência aos fins previstos no art. 4º, e incisos I a V, da Lei 12.850/2013; pois apenas se voltada, indissociavelmente, aos resultados previstos em lei é que será válida e eficaz para atribuição dos efeitos almejados.

Da mesma forma, o erro, como defeito do negócio jurídico, também assume aspecto delicado na estipulação da avença de que ora se trata. Igualmente, também não está abrangido pelo exame de legalidade, regularidade e voluntariedade. O erro é caracterizado, em linhas gerais, quando há determinado vício relativo ao conhecimento pleno das circunstâncias que envolvem o acordo de vontades. Ou seja, haverá a caracterização do erro, como defeito apto a infirmar a própria validade do negócio jurídico, quando o agente não dispuser de todas as informações necessárias para a formação válida de seu consentimento, de modo que pudesse se portar de forma diversa acaso as tivesse.

Nesse particular, é de indagar-se se o juízo homologatório do acordo de colaboração premiada é exauriente ao ponto de afastar qualquer irregularidade informativa das partes: seja porque o acusado ocultou informações relevantes à acusação; seja porque alegou possuir informações e material probatório de que não dispunha; seja porque o próprio órgão acusador omitiu informações a respeito das provas existentes em relação ao próprio colaborador, de modo a induzi-lo a erro quanto ao juízo de eventual condenação. Quer me parecer que a resposta é negativa.

Reflexão análoga também é cabível ao se examinar eventual existência do dolo, consistente na prática de manobras maliciosas engendradas por uma das partes para alcançar algum propósito específico no fechamento dos acordos.

A propósito do negócio jurídico examinado, é absolutamente razoável supor, em grande parte, a existência de interesses justapostos das partes contratantes: de um lado, pretende-se produzir o maior número possível de acusações de cometimento de crimes por parte de terceiros, de modo a obter-se um acordo mais favorável quanto ao dimensionamento e modo de cumprimento de pena; de outro, também se

pretende que sejam produzidas acusações em quantidade e gravidade que justifiquem o abrandamento sancionatório.

No momento inicial de tratativas para o fechamento do acordo, portanto, estar-se-á diante de um ambiente controlado, no qual o delator acusa, mediante compromisso de futuramente subsidiar as acusações, e o Ministério Público expressa ou implicitamente estimula a produção de incriminações, com a promessa, ao final, de aplicação de pena mais branda.

Neste cenário, alheio ao contraditório e ao controle jurisdicional, como é possível assegurar a inexistência de manobras maliciosas, de ambas as partes, para a obtenção de acusações contra terceiros? Não havendo interesses contrapostos, neste momento inicial, é de imaginar-se não haver qualquer tipo de resistência ou controle recíproco para evitar este tipo de ardil.

E quem reconhece é ninguém mais, ninguém menos, que Claus Roxin.

Evidentemente, portanto, que a análise se realiza a *posteriori*. Exigir-se-á, igualmente, conhecimento muito além de exame perfunctório dos indícios liminarmente apresentados para fins de fechamento do acordo e da oitiva do colaborador, de que trata o § 7º do art. 4º da Lei 12.850/13.

De fato, o material de natureza indiciária haverá de ser confirmado por provas mais contundentes, cuja produção restou compromissada pelo colaborador. O material probatório produzido, então, deverá ser submetido ao crivo do contraditório, realizado em ambiente controlado pelo Judiciário, com o devido respeito das garantias constitucionais dos acusados.

Do contrário, nós vamos estornar regras flexíveis aquelas garantias que até então nós considerávamos tradicionais e inafastáveis no texto constitucional: o princípio do contraditório e da ampla defesa; o devido processo legal; o juiz natural. Então será possível, minimamente, ter elementos que permitam melhor compreensão das circunstâncias que envolveram a realização do acordo.

Neste íterim, como se evidencia atualmente, as acusações são

divulgadas publicamente; o acusado é constrangido a exercer o seu direito de defesa também publicamente, em meio impróprio, e desprovido das necessárias informações e fundamentos probatórios que lastreiam a acusação. Assim como é possível de se suceder em qualquer negócio jurídico, é de se cogitar eventual existência de coação na conclusão de negócios jurídicos processuais. Como se sabe, a coação pode se manifestar tanto mediante o emprego de violência física (*vis absoluta*) ou de violência moral (*vis compulsiva*).

Particularmente, a coação moral é frequentemente identificada com a formulação de ameaças pela contraparte contratante. A ameaça deverá ser séria e injusta, e, nos termos do artigo 151 do Código Civil, deve incutir “ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens”.

No caso, a parte contratante, diante de ameaça de mal maior que lhe é apresentado, tem o seu elemento volitivo dirigido a portar-se de certo modo, com o fim de alcançar os objetivos pretendidos pela contraparte. A escolha, nesse caso, não é realizada com fundamento na autonomia da vontade livremente manifestada, mas sim por pressão externa que lhe é imposta. Nos termos empregados por Emilio Betti:

“Posta in questi termini l’alternativa richiede al sogetto della minaccia, un giudizio di convenienza, del qual la conclusione del contratto rappresenta il risultato, in quanto la vittima della violenza ha ritenuto preferibile sottostare al contratto siccome ad un male minore, pur di evitare il male minacciato, giudicato da lei stessa dimaggiore entità” (BETTI, Emilio. Teoria Generale delle Obligazioni. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1954. p. 30)

Não configura a coação, conforme disposto no artigo 153 do Código Civil, a ameaça do exercício normal de um direito. Não obstante, ainda que no âmbito de exercício regular de direito, se há formulação de ameaça com o objetivo de obtenção de vantagens excessivas ou de contrapartidas contrárias ao direito, poderá restar configurada a coação, como defeito apto a inquinar o negócio jurídico. Nesse sentido, assevera o

clássico Caio Mário da Silva Pereira:

“Mas, se esta ameaça é erigida em motivo para obtenção de vantagens excessivas, teria ocorrido um excesso que lhe retiraria a característica de regular exercício de um direito, constituindo então transposição do limite da legalidade um extremo de intimidação que se traduz em processo coativo.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol 1. Forense: Rio de Janeiro, 2007. P.532)

Novamente, é de se reconhecer que a audiência do colaborador, a teor do que dispõe o § 7º, art. 4º, da Lei 12.850/2013, não se mostra suficiente para averiguar, nesta espécie de negócio jurídico, a existência de eventual pressão externa ilegítima que possa resultar no afastamento, *a priori*, da ausência de vícios relativos à autonomia da vontade.

A validade do acordo de colaboração premiada também deverá ser aferida pelo Judiciário com fundamento na verificação do adimplemento das obrigações pactuadas. Por disposição expressa da norma, trata-se de um negócio jurídico de resultado – e não de meio – voltado a um determinado fim dentre os previstos nos incisos I a V, cujo não alcance inviabiliza a possibilidade de concessão do perdão judicial, da redução da pena privativa de liberdade ou da substituição da pena restritiva de liberdade por outra restritiva de direitos.

Trata-se de uma interpretação cristalina do *caput* do art. 4º da Lei 12.850/2013, combinado, ainda, com a redação do §1º do dispositivo em questão, que vincula a concessão dos benefícios à eficácia da colaboração.

Ora, ao reconhecer-se que a concessão dos benefícios está vinculada à eficácia da colaboração, no que concerne aos fins especificados nos incisos I a V da Lei 12.850/2013, é forçosa a conclusão no sentido de que caberá ao Judiciário a aferição do adimplemento das obrigações pactuadas, sob pena de perda de eficácia do acordo.

Da mesma forma, a verificação do adimplemento das obrigações pactuadas, no âmbito de negócio com tal complexidade, também não se evidencia ser tarefa trivial. Nesse sentido – mormente considerando as

especificidades do acordo de colaboração premiada –, é oportuno reconhecer que as obrigações pactuadas, bem como os respectivos adimplementos, não são estanques e não se encerram em um único momento específico e determinado no tempo. Nem poderia ser assim.

Cabe, neste particular, a referência à obrigação como “processo”, no dizer clássico de Clóvis do Couto e Silva, para quem a “obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”. (SILVA, Clóvis V. do Couto. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 20). A obrigação como processo é uma tese adotada pelo professor Clóvis do Couto e Silva inspirada em Karl Larenz, o grande clássico do Direito Civil alemão.

A obrigação, sob essa perspectiva, é composta pela fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e pela fase do adimplemento. Para cada uma das etapas em referência, haverá deveres e prestações de caráter primário e secundário, em relação às quais se requer o exame específico relativo ao adimplemento.

De fato, além das obrigações de caráter primário, consubstanciadas no alcance dos resultados previstos em lei, também deverão ser consideradas as de caráter secundário, como consequências do princípio da boa-fé, que deve nortear qualquer negócio jurídico, inclusive o de que ora se trata.

A propósito e ao tratar da boa-fé objetiva como cláusula geral contratual, que impõe deveres secundários às partes contratantes, explicita José Carlos Moreira Alves:

“Essas cláusulas gerais, em suas três modalidades básicas – a restritiva, a reguladora e a extensiva – permitem que se dê uma certa abertura aos sistemas legislativos fechados, outorgando ao juiz, pela remessa que fazem, para a disciplina de relações jurídicas concretas, a padrões de comportamento ou a valores de conduta ética e social (como o da boa fé objetiva), a possibilidade, no caso concreto, de extrair, para as partes do negócio jurídico, consequências restritivas, corretivas ou

integradoras, de deveres secundários, anexos ou instrumentais, que não estão previstos em normas legais ou por vontade expressa dos contratantes, mas que decorrem desses padrões ou desses valores. Daí haver juristas, como Los Mozos, que sustentam ser correta a opinião 'de que o contrato depende, tanto no nascimento de seus efeitos como em sua cessação, de dois elementos: vontade das partes e a boa-fé', cabendo ao juiz averiguar o jogo de ambas". (ALVES, José Carlos Moreira. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. Revista Ibero-Americana de Direito Público. América Jurídica. 2003. P. 174.)"

Deve-se considerar, portanto, deveres secundários – porém não menos importantes – estritamente vinculados ao princípio da boa-fé objetiva. Podem ser mencionados, e.g., deveres como lealdade, cooperação, atos de vigilância, de guarda, e, quanto ao negócio específico, deveres relacionados ao sigilo de informações e preservação das partes envolvidas e de terceiros (investigados ou não).

O cumprimento de tais misteres deve ser observado em todas as fases da relação obrigacional, seja no nascimento e desenvolvimento, seja no adimplemento das obrigações, e, eventualmente, até após o efetivo adimplemento de todas as obrigações. Note-se, aliás, que há direitos subjetivos do colaborador, previstos no artigo 5º, que podem persistir, inclusive após a conclusão da colaboração.

O controle do adimplemento das referidas obrigações, primárias e secundárias, não é apenas viável, como imperioso, por parte do Judiciário. Essa conclusão, aliás, não decorre tão somente da leitura do artigo 4º Lei 12.850/2013. Assim o é para todo e qualquer negócio jurídico submetido à legislação brasileira; e não há razão alguma para atribuir-se tratamento diferenciado à espécie negócio jurídico de colaboração premiada. Ao contrário, considerando a relevância dos interesses envolvidos, muitos dos quais alheios às próprias partes contratantes, exigir-se-á rigor em medida com eles compatível.

Por todo o exposto, tenho que a homologação do acordo não tem eficácia preclusiva completa, a afastar completamente sua revisão, por

ocasião do julgamento.

Ante o exposto, na Questão de Ordem, peço vênua ao relator para assentar que a homologação dos acordos de colaboração premiada (i) é de competência do Colegiado, especialmente em casos que envolvam dispensa da denúncia; (ii) compreende o poder-dever do Juiz de aprofundar a avaliação da legalidade do acordo, inclusive quanto à extensão dos benefícios prometidos; (iii) não exclui a possibilidade do Julgador avaliar, por ocasião da sentença, os defeitos do acordo homologado.

Outrossim, nego provimento ao agravo regimental interposto por Reinaldo Azambuja Silva, pelo que mantenho a competência do relator, Ministro Edson Fachin.

É como voto.

Cópia