

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de agravo regimental interposto pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra decisão monocrática da lavra do relator, Ministro Edson Fachin, por meio da qual homologou o acordo de colaboração premiada firmado entre Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho e a Polícia Federal, nos seguintes termos:

“[...] 3. À luz dessas considerações, não competindo ao Poder Judiciário, neste momento, a emissão de qualquer outro juízo quanto aos termos de depoimento e ao conteúdo das cláusulas acordadas, conforme decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na QO na PET 7.074, e considerada a posição majoritária do Plenário, vencido o subscritor desta decisão, quanto aos poderes da Autoridade Policial para fins de celebração de acordo de colaboração premiada, bem como assentando assistir razão à Procuradoria-Geral da República no pronunciamento subsidiário pelo reconhecimento de que o acordo de colaboração premiada ora em comento não produz efeitos em relação aos crimes que já são objeto de ação penal movida pelo Ministério Público’ (fl. 739), HOMOLOGO, em tais termos e limites, o Acordo de Colaboração Premiada de fls. 11-26, em consonância com os votos proferidos pelos eminentes Ministros integrantes do Plenário do Supremo Tribunal Federal na assentada do dia 20.6.2018, para que produzam seus jurídicos e legais perante juízo ou tribunal nacional nos termos da Lei 12.850/2013.

4. Na mesma petição de fls. 2-8, a autoridade policial requer o encaminhamento dos materiais probatórios decorrentes do presente acordo aos procedimentos criminais já deflagrados, bem como a abertura de novos inquéritos, com posterior distribuição perante o Supremo Tribunal Federal ou direcionamento às autoridades judiciais competentes para a supervisão dos atos investigativos.

Diante da omissão verificada na petição juntada às fcls. 726-739, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República para que se manifeste sobre tais pretensões, no prazo de 15 (quinze) dias.” (fls. 747 – sem os grifos do original)

A PGR postula a reforma da decisão que homologou o acordo e, subsidiariamente, requer que seja examinada a proposta formulada “de que a colaboração premiada firmada com a Polícia, para poder surtir efeitos, deva necessariamente contar com a aderência/concordância do MP.”

Os argumentos centrais do recurso, em apertada síntese, são os seguintes: (i) o acordo de colaboração premiada é ilegal, uma vez que o colaborador teria violado os deveres anexos ao acordo, ligados à boa-fé objetiva, uma vez que continua a ocultar bens e valores oriundos de infrações penais por ele cometidas; e (ii) mostra-se necessária a revisão do entendimento fixado na ADI 5.508/DF, na medida em que, a partir de tal decisão, teriam ocorrido distorções, permitindo que investigados colocassem o Ministério Público e a Polícia em posições antagônicas para obter condições mais vantajosas nesse tipo de ajuste.

A Polícia Federal ofertou contrarrazões, requerendo o desprovimento do recurso, “a fim de que seja reconhecida a validade e legalidade do acordo de colaboração firmado pela Polícia Federal com SÉRGIO CABRAL, em benefício das instituições do sistema de persecução penal” (fl. 2.385). Em memoriais escritos, pleiteia, subsidiariamente, caso ocorra uma mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, que “haja uma atuação em conjunto entre Delegados de Polícia e membros do Ministério Público, primando-se pelos princípios constitucionais e legais estabelecidos em prol da coletividade.”

Iniciado o julgamento no plenário virtual, o relator, Ministro Edson Fachin, consignou, em preliminar, a necessidade de revisitação do entendimento firmado na ADI 5.508/DF, de sorte que a anuência do Ministério Público constitua condição de eficácia dos acordos de colaboração entabulados pela autoridade policial. Desacolhida a preliminar, propõe então que se negue provimento ao agravo regimental, *verbis*:

“(I) na preliminar, coerente com o voto vencido que proferi na ADI 5.508, destaco, conheço e acolho a questão preliminar suscitada, resultando em provimento do agravo interposto pela PGR para tornar sem efeito, desde então, a decisão homologatória do acordo de colaboração premiada celebrado nestes autos, ante a desconformidade manifestada pelo Ministério Público às fls. 726/739, prejudicado de consequência o exame do mérito; (II) considerando-se o âmbito de funcionamento do Plenário virtual assíncrono, por hipótese não apreciada ou ultrapassada a preliminar, impõe-se desde logo a esta relatoria adentrar ao mérito, e o faço nos termos deste voto para, em respeito à colegialidade, à luz da orientação até aqui prevalente que

não é compatível com a tese na preliminar e que assegura à Polícia Federal legitimidade autônoma para celebrar Acordo de Colaboração Premiada, negar provimento ao agravo regimental.”

É o relatório.

Bem examinados os autos, verifico que a questão central consiste em saber se há necessidade, ou não, da aquiescência do Ministério Público para que o acordo de colaboração premiada firmado entre um delator e a Polícia tenha validade e eficácia, sobretudo diante do disposto no art. 129, I e VII, da Constituição Federal, que atribui ao *Parquet* a titularidade da ação penal e o controle externo da atividade policial.

Observo, inicialmente, que a denominada “colaboração premiada” encontra-se disciplinada, de forma mais abrangente, na Lei 12.850/2013, a qual dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção de prova, além de outros assuntos. Desde a sua promulgação, esse instrumento vem sendo largamente utilizado, mais comumente, pelo Ministério Público para deflagrar investigações, embasar denúncias e promover ações penais contra pessoas acusadas da prática de crimes pelos assim chamados “colaboradores”, que neles também se encontram envolvidos.

Permito-me ressaltar, antes do exame da questão central, e na esteira de voto que proferi há quase uma década no HC 90.688/PR, que a colaboração premiada constitui um meio de obtenção de prova introduzido na legislação brasileira por inspiração do sistema anglo-saxão de justiça negociada. O acordo, contudo, entre nós, é regido por normas de Direito Público, as quais delimitam o espaço negocial quanto aos benefícios que podem ser ofertados ao colaborador, pouco importando tenha sido o ajuste firmado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público. Não por acaso, a Lei 12.850/2013, no que interessa, prescreve o seguinte, *litteris*:

“Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

Art. 4º [...]

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão

judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:

I - regularidade e legalidade;

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo;

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo;

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.”

Como é de conhecimento geral, esta Suprema Corte reafirmou a constitucionalidade dos §§ 2º e 4º do art. 4º do referido texto normativo ao julgar improcedente os pedidos formulados na ADI 5508/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, proposta pela Procuradoria-Geral da República. Confira-se a ementa:

“DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – CLÁUSULAS. O acordo alinhavado com o colaborador, quer mediante atuação do Ministério Público, quer da Polícia, há de observar, sob o ângulo formal e material, as normas legais e constitucionais.

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – POLÍCIA. O acordo formalizado mediante a atuação da Polícia pressupõe a fase de inquérito policial, cabendo a manifestação, posterior, do Ministério Público.

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIOS – HOMOLOGAÇÃO. A homologação do acordo faz-se considerados os

aspectos formais e a licitude do que contido nas cláusulas que o revelam.

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIO. Os benefícios sinalizados no acordo ficam submetidos a concretude e eficácia do que versado pelo delator, cabendo a definição final mediante sentença, considerada a atuação do órgão julgador, do Estado-juíz.”

Nesse contexto, trago à reflexão interessante artigo publicado sobre o tema, subscrito pelas professoras Lindsey Carson, da Universidade John Hopkins, e Mariana Mota Prado, da Universidade de Toronto, em que defendem instigante opinião segundo a qual a multiplicidade de instituições encarregadas da responsabilização de agentes criminosos pode ser uma estratégia eficiente para o combate à corrupção, porquanto se volta tanto a causas individuais como a fatores coletivos que levam à prática de atos ilícitos.

Nesse sentido, as autoras sustentam que é possível alcançar resultados pragmáticos e efetivos por meio de uma concorrência interinstitucional, decorrente da diversificação de instituições encarregadas da fiscalização, investigação e punição de eventuais suspeitos, pois a atuação de cada uma delas reforça a das demais, criando uma rede de apoio mútuo. Afirmam, ainda, que essa multiplicidade de atuações pode produzir resultados potencialmente interessantes, a saber: concorrência, colaboração, complementariedade e compensação. Tal diversidade permitiria abrir vias paralelas, porém convergentes, facilitando para atingimento do resultado final pretendido.

Pois bem. Voltando ao tema central, especificamente quanto à possibilidade de a autoridade policial participar da negociação premial, reafirmo meu entendimento, explicitado na ADI 5508/DF, na linha de que não se pode manietar a atividade policial no tocante à utilização desse qualificado instrumento de persecução penal, especialmente por considerar que a colaboração premiada constitui, fundamentalmente, um meio de obtenção de prova, bem assim por entender que incumbe precipuamente à Polícia a atividade de investigação criminal, nos termos art. 144 da Constituição Federal.

Impõe-se agora, todavia, à luz das múltiplas experiências já ocorridas, que se inicie uma reflexão mais aprofundada quanto à participação do Ministério Público nos acordos de colaboração premiada, entabulados pela

autoridade policial, como condição de validade e eficácia destes, particularmente em situações nas quais venham a ser delatadas pessoas com foro especial por prerrogativa de função, cuja investigação depende de pedido do *Parquet* e de autorização do Poder competente, como é o caso sob exame.

Rememoro, a propósito, que esta Suprema Corte possui entendimento pacífico de que até mesmo o mero indiciamento de autoridade com foro especial é nulo, quando promovido sem a supervisão do Tribunal competente (v.g. Pet 3.825-QO/MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, e Inq 2.411-QO/MT, rel. Min. Gilmar Mendes).

Ademais, registro que, não obstante a controvérsia existente sobre limites do poder de negociação do agente público incumbido de representar o Estado no acordo de colaboração, o certo é que a Lei 12.850/2013 trouxe à lume a possibilidade de haver uma transação quanto à extensão da pretensão punitiva ou executória - fiscalizada e homologada, *oportuno tempore* , pelo juiz sentenciante -, mas que envolve a competência constitucionalmente atribuída ao Ministério Público de desencadear, com exclusividade, a ação penal. Não por acaso, o mencionado diploma normativo, em seu art. 4º § 6º, exige a manifestação do *Parquet* nas colaborações premiadas conduzidas pela autoridade policial.

Mas não é só. Se, por um lado, o negócio jurídico processual disciplinado pela Lei 12.850/2013 traduz um aprimoramento da atividade de investigação criminal, sobretudo tendo em conta o objetivo de desarticular a criminalidade organizada, por outro, a experiência recente revelou que a ausência do órgão titular da ação penal, na fase de formulação dos termos do ajuste, pode trazer resultados negativos, comprometendo a sua homologação pelo juízo competente, recomendando-se, também por isso, que a Polícia Judiciária e o Ministério Público atuem, de forma concorrente e colaborativa, no emprego desse importante instrumento de persecução penal.

Na hipótese sob exame, o Ministério Público Federal no Rio de Janeiro negou-se a celebrar acordo de colaboração premiada com o ex-Governador Sérgio Cabral, secundado agora pela manifestação da Procuradoria-Geral

da República, por reputar que o caso não preenchia, minimamente, os requisitos legalmente estabelecidos. Conforme as informações juntadas aos autos pelo *Parquet*, o colaborador

“[...] Atualmente, conta com 12 condenações nos autos de ações penais movidas pelo Ministério Público Federal do Rio de Janeiro e com 1 condenação nos autos da ação penal movida pelo Ministério Público Federal em Curitiba, todas por crimes como corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e organização criminosa.

A soma das suas penas privativas de liberdade chega a impressionantes 267 anos de prisão – número este que ainda pode aumentar, na medida em que SÉRGIO CABRAL continua sendo investigado em diversos outros inquéritos e procedimentos criminais.

[...]

Após iniciadas as investigações que terminaram por revelar um impressionante e deletério esquema criminoso comandado por SÉRGIO CABRAL, a sua defesa, por volta de janeiro de 2017, procurou a Força Tarefa da Lava Jato no Rio de Janeiro no intuito de negociar eventual colaboração premiada a ser firmada entre o MPF e seu cliente. Entretanto, feitas algumas reuniões, a Força Tarefa da Lava Jato no Rio de Janeiro concluiu que SÉRGIO CABRAL não reunia os requisitos que, segundo o ordenamento jurídico vigente, são necessários para quem investigador ou réu se torne colaborador da Justiça.

Ao longo de toda a negociação com o Ministério Público Federal, notou-se a insistência do candidato a colaborador em omitir informações sobre pessoas e fatos importantes para a compreensão do funcionamento da organização criminosa e, especialmente, para a recuperação de bens e valores que permanecem ocultos por pessoas que atuam em nome do requerente.

Como exemplo, notou-se que o candidato a colaborador deixava de falar de pessoas próximas, especialmente parentes e amigos que funcionaram como laranjas, líder de organização criminosa, com a clara finalidade de proteger certas pessoas e ocultar o proveito e produto dos crimes praticados.” (fls. 728-731)

Ora, se o Ministério Público local não considerou suficientemente relevantes nem tampouco inéditas as informações que seriam fornecidas pelo pretense colaborador, não caberia ao interessado buscar a celebração de acordo com órgão estatal diverso.

Ainda que se prestigie - como o fez esta Suprema Corte - a autonomia da autoridade policial para firmar acordos de colaboração, tal entendimento pressupõe uma manifestação ulterior, devidamente fundamentada, do *dominus litis*, porquanto, nestes casos, apenas ao *Parquet* é dado desencadear o *ius puniendi* estatal.

Assim, à míngua de manifestação favorável do órgão titular da ação penal, acolho a preliminar levantada a fim de tornar sem efeito a decisão que homologou o acordo de colaboração premiada (fls. 726/739).

Caso superada a preliminar, assento algumas premissas, que reputo pertinentes, sobre a atuação do magistrado, no momento da homologação do acordo de colaboração, bem como sobre a extensão do poder negocial do Ministério Público, em face do princípio da legalidade.

Em primeiro lugar, anoto que o ato jurisdicional que homologa o acordo de colaboração decorre de uma cognição sumária, não exauriente, meramente delibatória e, portanto, efêmera por natureza, a qual, inclusive, autoriza a aplicação da regra de cautelaridade abrigada no art. 13, VIII, do Regimento Interno desta Suprema Corte. Isso ocorreu, por exemplo, nas colaborações realizadas pela cúpula do Grupo Odebrecht, homologadas em pleno recesso forense.

Sim, porque, de acordo com o que estabelece a própria Lei de regência (art. 4º, § 11), apenas no momento da prolação da sentença é que se apreciará, mais verticalmente, os termos do acordo homologado, notadamente a pertinência dos benefícios sugeridos no acordo. Em linguagem contratual, a ativação das cláusulas e condições da avença, tais como a redução da pena privativa de liberdade, o perdimento de bens ou a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos, está sujeita, antes de tudo, ao reconhecimento, pelo juiz competente, de que a colaboração foi voluntária e, sobretudo, efetiva, tendo em conta a relevância das informações prestadas.

Tanto é assim que o § 7º-B do art. 4º da Lei 12.850/2013, introduzido pela Lei 13.964/2019, ao dispor que são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória, autoriza, por corolário lógico, a contestação, pelo colaborador, das cláusulas contratuais,

em casos de flagrante inconstitucionalidade, ilegalidade ou teratologia, à semelhança do que ocorre nas hipóteses de anulação dos negócios jurídicos no âmbito do Direito Privado.

Em outras palavras, a mera homologação de acordos de colaboração premiada - considerada a sua natureza de ato jurisdicional meramente deliberatório - não tem o condão de conferir caráter de imutabilidade às cláusulas e condições contratadas, de modo a torná-las definitivas ou incontrastáveis em face da ordem legal vigente.

Isso vale, particularmente, para aquelas disposições que identifiquei por ocasião do julgamento da Pet 7074/DF, quais sejam, as que: (i) excluem da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito; (ii) estabelecem o cumprimento imediato de pena ainda não fixada; (iii) fixem regimes de cumprimento de pena não autorizados pela legislação em vigor; (iv) avancem sobre as cláusulas de reserva de jurisdição; (v) determinem o compartilhamento de provas e informações sigilosas sem a intervenção de um magistrado; e (v) autorizem a divulgação de informações que atinjam a imagem ou a esfera jurídica de terceiros.

Insista-se, a simples chancela homologatória do juiz não torna constitucional o que é inconstitucional, legal o que é ilegal, justo o que é injusto, assim como não pode transferir competências a terceiros e muito menos conferir força vinculante a previsões contratuais não abrigadas em nosso ordenamento jurídico, de maneira a obstar o controle jurisdicional definitivo a ser realizado *a posteriori*.

No caso dos autos, o Ministério Público Federal do Rio de Janeiro recusou-se a celebrar o acordo de colaboração premiada com o ex-Governador Sérgio Cabral, por considerar que ele seria o líder de organização criminosa, além de ostentar inúmeras condenações, cujas penas ultrapassam 260 anos de prisão. Não bastasse isso, o *Parquet* assentou, de forma peremptória, que o colaborador omite fatos relevantes, sobretudo ao não revelar o paradeiro de vultosos recursos supostamente ocultados no exterior (fls. 736-737).

Ora, “no acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados” (art. 3ºC, § 3º, Lei 12.850/13). Por isso mesmo,

afigura-se ilícita, *primo ictu oculi*, a cláusula 17^a do acordo (fl. 24) que prevê a possibilidade de o colaborador narrar “outros fatos criminosos” dos quais participou em até 120 dias após a assinatura do pacto.

Além dessa ilegalidade flagrante e dos gravíssimos fatos noticiados pelo Ministério Público para repudiar o acordo de colaboração premiada, observo que o referido ajuste, tal como formulado, servirá não mais como um meio de obtenção de prova, mas terá o condão de conferir um atestado de regularidade à parte considerável do produto do crime que ainda remanesce sob controle do colaborador.

Nesse sentido, reproduzo as importantes considerações doutrinárias de Pierpaolo Cruz Bottini:

“Como já apontamos em coluna anterior, não é lícito que as partes, em um acordo de colaboração, transacionem o produto do crime. A avença não pode admitir que o investigado mantenha em seu patrimônio aquilo que foi objeto da prática criminosa, os recursos resultantes do delito.

Nesse contexto, é evidente que o acordo não subsiste quando constatado que o réu esconde ou oculta esse mesmo objeto, sonegando das autoridades informações sobre sua existência ou o local onde se encontra. As bases sobre as quais se assenta o pacto de colaboração — boa fé e transparência — deixam de subsistir.

Não se trata aqui de mera inadimplência da avença, em que o colaborador perde os benefícios, mas as provas dela resultantes permanecem hígidas. Trata-se de insubsistência do próprio acordo, que macula todos os seus efeitos, cláusulas e desdobramentos. O réu não obtém as benesses esperadas e todos os indícios ou provas decorrentes do acordo deixam de existir (STF, 2^a Turma, HC 142.205, Rel. Min. Gilmar Mendes).”

Em face de todo o exposto, acolho a preliminar levantada pelo relator - a qual, aliás, encontra abrigo na manifestação subsidiária da autoridade policial, veiculada em memoriais - a fim de tornar sem efeito a decisão que homologou o acordo de colaboração premiada (fls. 726/739). Atendo-me, porém, aos limites do caso concreto, sem, por ora, formular qualquer tese de abrangência maior.

Superada a preliminar, e considerando, em especial, que o controle de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, por parte do Judiciário, de todas as obrigações, primárias e secundárias, pactuadas no instrumento de colaboração premiada, não apenas se mostra viável, mas também constitui um múnus indeclinável do julgador - como, de resto, ocorre em relação a todo e qualquer negócio jurídico celebrado sob a égide da legislação brasileira -, dou provimento ao recurso para anular a decisão que homologou o acordo de colaboração premiada firmado entre Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho e a Polícia Federal.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/05/2019