

QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO 7.074 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S)	: REINALDO AZAMBUJA SILVA
ADV.(A/S)	: GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA
REQDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - No voto que proferi na sessão do dia 21 de junho, acompanhei sua excelência, o ilustre Ministro relator EDSON FACHIN.

Após uma rápida análise do papel do Poder Judiciário nos acordos de “colaboração/delação” premiada, da questão da homologação e análise do acordo de colaboração premiada, conclui que, nos acordos de colaboração premiada a opção conveniente e oportuna deve ser feita legal e moralmente pelo Ministério Público ou Polícia, com a concordância do colaborador/delator, pois trata-se de um negócio jurídico personalíssimo, que deverá ser homologado pelo Ministro Relator, que analisará a veracidade, regularidade e legalidade, pois, sendo o acordo de “colaboração premiada” um “meio de obtenção de prova” (art. 3º da Lei nº 12.850/13), assim como busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal, nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850/13).

Afirmar textualmente que o *Poder Judiciário deve exercer somente o juízo de verificação de exatidão do exercício de oportunidade perante a legalidade*, conforme teoria já consagrada em relação a todos os atos discricionários do Poder Público, pois estamos no campo do Direito Público, com a participação do Estado (Ministério Público ou Polícia) nesse “negócio jurídico”.

Afirmar, ainda, que em um sistema acusatório como o proclamado pelo artigo 129, I da Constituição Federal, a análise realizada pelo Ministro relator deverá se ater ao que denominei *legalidade latu sensu*,

apontada pelo artigo 4º da Lei nº 12.850/13, como a somatória de “regularidade, voluntariedade e a legalidade” (§7º), e dos requisitos legais (§8º); pois, em relação ao mérito do acordo, será possível ao Ministério Público/Polícia e o “colaborador/delator”, a escolha de uma das hipóteses legais e moralmente admissíveis, que entendam a melhor para o interesse público no âmbito das investigações criminas e a persecução penal.

Salientei, ainda, não ser possível que terceiros, inclusive aqueles citados pelo delator, possam impugnar seu conteúdo, durante a investigação, pois assim como em outros meios de obtenção de prova, como interceptação telefônica, por exemplo, o contraditório é diferido e poderá ser realizado durante a ação penal, com amplas possibilidades de demonstrar eventual falsidade, erros ou exageros das declarações dadas pelo delator/colaborador.

Na sessão de hoje, entretanto, a maioria da CORTE ampliou a cognição da questão de ordem inicial, para analisar a eventual *vinculação absoluta* do órgão colegiado à homologação formal realizada pelo Ministro relator.

Na referida sessão do dia 21 de junho passado, em *obiter dictum*, para que não houvesse nenhuma dúvida sobre o meu entendimento, afirmei que, no momento da sentença final, o juízo natural da causa (Turma ou Plenário), para formar sua convicção, analisará a licitude de todos os meios de prova e provas obtidas, devidamente impugnadas e contraditadas mediante o devido processo legal, inclusive a colaboração premiada e as provas dela decorrentes. O que, obviamente, é inerente a função jurisdicional.

O juiz natural para a decisão de mérito da ação penal proposta pelo Ministério Público, na hipótese do Supremo Tribunal Federal cada um dos membros da Turma ou Plenário, dependendo da competência, analisará cada uma das provas obtidas, bem como a licitude ou não dos meios pelas quais as provas foram obtidas (CF, art. 5º, LVI). Da mesma maneira que o órgão colegiado pode chegar a conclusão que determinadas gravações obtidas por meio de interceptação telefônica devidamente autorizada pelo Ministro relator, durante a investigação,

apresentaram irregularidades – apontadas pela defesa no contraditório diferido existente – e declarar a ilicitude das provas obtidas; poderá o órgão colegiado entender que as provas obtidas a partir da colaboração premiada são ilícitas, se houver algum vício na “regularidade, voluntariedade ou legalidade do acordo”.

Não se trata de revisão da competência monocrática do Ministro relator para homologação do acordo de colaboração premiada, mas sim da análise da licitude e do mérito de todas as provas produzidas, bem como os meios de sua produção, durante o devido processo legal, com ampla possibilidade de ampla defesa e contraditório, para que, cada um dos magistrados forme sua convicção. Inclusive, citei como exemplo, a descoberta superveniente de realização de tortura do agente colaborador para prestar seu depoimento.

Salientei que a questão de ordem não estava analisando o exercício da função jurisdicional do órgão colegiado, mas sim a competência do Ministro relator e os limites da revisão do mérito do acordo, onde, em meu entendimento, o Poder Judiciário não poderá invadir a legítima escolha feita consensualmente, entre as opções legal e moralmente reservadas para a realização do acordo de colaboração, de maneira a, simplesmente, alterar a opção lícitamente realizada, sob pena de atentar contra a *ratio* legal e o sistema penal acusatório consagrado constitucionalmente. Mas, da mesma maneira, que o Poder Judiciário não poderia obrigar o Ministério Público a oferecer denúncia, o Ministério Público não poderia vincular o Judiciário na valoração das provas, no momento de proferir decisão de mérito, por tratar-se de função tipicamente jurisdicional.

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito (LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 154), e, portanto, o Ministério Público ou a Polícia ao celebrarem o acordo de colaboração premiada devem respeito aos requisitos legais. O acordo de colaboração premiada, mesmo tendo caráter discricionário quanto ao mérito, está vinculado ao império constitucional e legal, pois, como muito bem ressaltado por

JACQUES CHEVALLIER, “o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito” (*L’État de Droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 12).

Com todo o respeito as posições em contrário, me parece não ser possível criar hipótese excepcionalíssima de decisão judicial monocrática insuscetível de qualquer possibilidade de reanálise, mesmo com o surgimento de fatos superveniente ou de conhecimento posterior, em outras palavras, se pretende conceder a uma decisão homologatória, realizada monocraticamente, a partir de um juízo de cognição superficial – como reconheceu o próprio Ministro Relator – uma “*super coisa julgada*” ou “*super preclusão*”, inexistente no ordenamento jurídico e claramente atentatória à independência e autonomia do juízo natural para a decisão de mérito.

Não é possível aplicar-se essa “*super coisa julgada*” ou “*super preclusão*” em relação a fatos supervenientes ou conhecimento posterior, pois como apontado pelo ilustre Ministro ROBERTO BARROSO, “*a jurisprudência do STF também já assentou, e diversas oportunidades, que as consequências jurídicas de fato superveniente não são abrangidas pela coisa julgada*” (AgR/RE 881.864, Segunda Turma).

Novamente, pedindo todas as *vêni*as as posições em contrário, como regra, devemos ter o estrito cumprimento dos termos acordados e homologados, mas excepcionar a possibilidade de análise do acordo homologado por fatos supervenientes ou de conhecimentos posteriores, não é um atentado a boa fé e a segurança jurídica, pois caso contrário, deveríamos declarar a inconstitucionalidade do artigo 966 do Código de Processo Civil, que permite a relativização da proteção à *coisa julgada*, consagrada constitucionalmente no inciso XXXVI, do artigo 5º.

Ora, o texto constitucional ao proclamar que “*a lei não prejudicará a coisa julgada*”, tem por objetivo, como salientado por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “*dar segurança e certeza às relações jurídicas, consequentemente aos direitos assumidos pelos indivíduos na vida social*” (*Comentários à constituição brasileira de 1988*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54); o que não impede, excepcionalmente, a previsão legal de

rescisão da coisa julgada, pois como salientado por CELSO BASTOS, “se é certo, portanto, que a coisa julgada é uma garantia importante a proteger as situações já consolidadas no passado, o certo é que ela tem de amoldar-se a imperativos outros, resultantes de circunstâncias em que há razões mais fortes a serem feitas valer do que a mera imutabilidade do já decidido”, concluindo que “a coisa julgada há de ceder toda vez que contra ela sobrelevem razões mais altas e princípios de maior alcance” (*Comentários à constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 201/202).

Essas “razões mais altas e princípios de maior alcance” apontados por CELSO BASTOS são explicitadas pelo eminente Ministro e professor LUIZ FUX, em sua festejada obra *Teoria Geral do Processo Civil* (2. Ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 281), quando ensina que “os fatos embasadores da rescisória se voltam contra graves ilegalidades, como, v. g., a decisão proferida por juiz corrupto, ou por juízo absolutamente incompetente etc.”

Essa possibilidade de rescisão da maior garantia de *segurança jurídica* existente no Estado de Direito – *que é a consagração constitucional da coisa julgada* – longe de ofender a *boa-fé* daqueles que confiaram no Estado, pretende fortalecer a confiança da sociedade na legalidade e moralidade das decisões judiciais, afastando do mundo jurídico aquelas decisões que, por exemplo, foram proferidas por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz (CPC, art. 966, I), ou que tiverem violado manifestamente norma jurídica (CPC, art. 966, V), ou, ainda, que forem fundadas em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal (CPC, art. 966, VI) ou em erro de fato verificável do exame dos autos (CPC, art. 966, VIII).

O inciso V do artigo 966, inclusive, ampliou a possibilidade de afastamento da coisa julgada, quando a decisão violar manifestamente norma jurídica, incluindo, portanto, a violação de princípios e não somente “literal disposição de lei”, como previsto no inciso V, do art. 485 do CPC/73.

Saliente-se, que nos termos do § 4º do art. 966 do CPC, todas essas possibilidades de rescisão da coisa julgada já são aplicáveis aos “atos de

disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo”; que, também, por texto expresso da lei, “estão sujeitos à anulação”.

A possibilidade de anulação de atos judiciais homologatórios, que era prevista no artigo 486 do CPC/1973, hoje está prevista no próprio artigo 966, §4º do CPC/2015, e tem sua aplicação nas mesmas hipóteses permissivas da rescisão da coisa julgada e dos defeitos do negócio jurídico.

Em face de todo o exposto, RATIFICO INTEGRALMENTE O VOTO proferido na sessão do dia 21 de junho e, em razão do aprofundamento da questão de ordem (terceiro tópico), pelo eminente Ministro Relator, reafirmo que o acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deverá ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo possível ao Plenário a análise de sua legalidade, nos termos do §4º, do artigo 966 do Código de Processo Civil.