

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Agravo Regimental interposto pela Procuradoria-Geral da República contra decisão do Min. EDSON FACHIN na Pet 8.482/DF, que homologou o acordo de colaboração premiada firmado entre Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho e a Polícia Federal.

De acordo com as razões recursais, a Polícia Federal, por meio da sua Diretoria de Investigação e Combate ao Crime Organizado, encaminhou ao Min. EDSON FACHIN o Termo de Acordo de Colaboração Premiada que firmou com Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho, com fundamento legal no art. 4º e no art. 7º, ambos da Lei n. 12.850/13, para análise e eventual homologação.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela não homologação do acordo de colaboração premiada, sob o fundamento de que parte dos valores obtidos pelo colaborador continuavam com o paradeiro desconhecido, em situação criminosa de ocultação permanente, o que inviabilizaria, por ofensa à boa-fé objetiva e aos princípios da lealdade e da proibição do comportamento contraditório, a celebração do referido acordo com o Estado. Subsidiariamente, pugnou pelo reconhecimento de que ele não produz efeitos em relação aos crimes que já são objeto de ação penal movida pelo Ministério Público.

O Relator, Min. EDSON FACHIN, homologou o acordo de colaboração premiada firmado entre Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho e a Polícia Federal.

Contra essa decisão, a Procuradoria-Geral da República opôs Embargos de Declaração, com pedido de efeitos infringentes, para que, sanados os vícios na decisão embargada, fosse revogada a homologação do acordo de colaboração em tela. Alternativamente, a PGR postulou pela declaração de que a avença não afetasse, "*de forma imediata, as prisões preventivas decretadas em desfavor de SÉRGIO CABRAL, as quais mantêm as respectivas cautelardades*".

O Relator, Min. EDSON FACHIN, rejeitou os Embargos de Declaração.

A Procuradoria-Geral da República, então, interpôs o presente Agravo Regimental, objetivando a reconsideração da decisão agravada e a conseqüente não homologação do acordo de colaboração premiada firmado entre Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho e a Polícia Federal, uma vez que demonstrado que o referido ajuste não cumpriria os requisitos legais (art. 4º, §7º, da Lei n. 12.850/13). Por fim, postulou que o recurso fosse encaminhado para o Plenário para que pudesse ser discutido, de forma incidental, que a colaboração premiada firmada pelo delator e a Polícia, para surtir efeitos, deve necessariamente contar com a aderência /concordância do Ministério Público.

Em contrarrazões, a defesa do agravante requereu o desprovemento do Agravo Regimental interposto e a manutenção da íntegra da decisão atacada.

O Relator, Min. EDSON FACHIN, pelo seu Voto, acolheu a preliminar suscitada pela PGR, no sentido de se rediscutir, no Plenário, a questão da possibilidade da autoridade policial celebrar autonomamente acordo de colaboração premiada, mas ficando os seus efeitos condicionados à prévia concordância do Ministério Público, na linha do seu Voto vencido proferido na ADI 5.508/DF.

No mérito, caso seja superada a questão preliminar e pelo princípio da eventualidade, o Relator entendeu que o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de prova, na linha de precedentes da CORTE (HC 127.483 /PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 04/02/2016) e que, no caso em tela, o acordo celebrado não cuidaria de fatos já denunciados pelo Ministério Público Federal, de modo que não haveria ofensa às prerrogativas do órgão.

Além disso, apontou que a invocação de fatos delituosos atribuídos ao colaborador em ações penais já ajuizadas, mas desprovidas da respectiva prestação jurisdicional definitiva, como fatores impeditivos à homologação da avença, não constituiria motivação idônea a embasar a pretensão externada pela Procuradoria-Geral da República, pois conflitaria com garantia à presunção de inocência. Ao final, manteve a decisão agravada.

Em conclusão, o eminente Relator, Min. EDSON FACHIN, acolheu a preliminar arguida para tornar sem efeito o acordo de colaboração premiada celebrado pela Polícia Federal. No mérito, superada a preliminar e pelo princípio da eventualidade, negou provimento do presente Agravo Regimental.

É o relato do essencial.

Na ADI 5.508/DF, o PLENÁRIO dessa SUPREMA CORTE concluiu, por maioria de votos, pela possibilidade da autoridade policial realizar o acordo de colaboração e que a manifestação, posterior, do Ministério Público não tem caráter vinculante. O referido julgado, da lavra do eminente Ministro MARCO AURÉLIO, foi assim ementado:

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-juiz.

Nesse julgamento, ressaltei que, o novo modelo de sistema acusatório previsto pela Constituição de 1988 manteve a exclusividade da presidência dos inquéritos policiais à Polícia Judiciária, consagrando, portanto, um especial sistema híbrido de persecução penal, onde há a privatividade da ação penal pública pelo Ministério Público, mas ainda se mantém – como regra geral, porém não exclusiva – a investigação sob o comando da Polícia Judiciária, que deverá presidir o inquérito policial.

À partir de 1988, alguns mecanismos do gênero *plea bargain*, ou seja, do gênero justiça penal transacional ou negocial foram introduzidos nesse

modelo híbrido, à partir da possibilidade do exercício de obrigatoriedade mitigada no sistema acusatório pelo Ministério Público, que passou a poder oferecer ou não transação penal, suspensão condicional do processo e, mais recentemente, acordo de não persecução penal.

A legislação trouxe, ainda, hipóteses de colaboração premiada, que, porém, não foram reintroduzidas em nosso sistema penal como espécies puramente de justiça transacional ou negocial, uma vez que não podem ser utilizadas diretamente como prova – como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos da América (*plea bargain*).

No Brasil, a colaboração premiada possui natureza mista, porque faz parte de uma negociação, só que constitui um meio de obtenção de prova, não possibilitando qualquer condenação com base tão somente nos elementos trazidos pela delação, que não apresentem qualquer outra comprovação.

Assim, em que pese a privatividade da ação penal pública pelo Ministério Público (CF, art. 129, I), essa hibridez em nosso sistema acusatório garante, tanto a permanência da exclusividade da presidência dos inquéritos policiais pela Polícia Judiciária, quanto a natureza jurídica da colaboração premiada somente como meio de obtenção de prova durante uma investigação.

Essas características, em regra, acabam por autorizar à autoridade policial a atuação e a realização da colaboração premiada como um dos vários meios de obtenção de prova durante a investigação realizada no inquérito policial. Até porque, dentro da construção constitucional e da recepção do ordenamento processual penal brasileiro, o inquérito policial se destina exatamente a produzir elementos que comprovem autoria e materialidade da infração penal, para permitir o exercício da ação penal ao Ministério Público. Cercear a possibilidade de realizar um meio de obtenção de prova importante como esse corresponderia a tolher a própria função investigatória da polícia judiciária.

Dessa maneira, como conclui no julgamento da ADI 5.508/DF, em regra será possível a realização do acordo de colaboração premiada pela Polícia Judiciária:

“Dentro das premissas que coloquei sobre a Constituição consagrar o sistema acusatório da obrigatoriedade mitigada, mas mantendo a questão do inquérito policial, sob a presidência da Polícia Judiciária, sem paralelo com Alemanha, Espanha, Portugal, Colômbia, porque são órgãos distintos, não há subordinação seja hierárquica, seja funcional entre Ministério Público e Polícia.

Agora, em virtude do art. 129, I, concluo: primeiro, entendo que a autoridade policial pode realizar os acordos de colaboração premiada. Não há, a meu ver, inconstitucionalidade, em regra, para que ela realize esse acordo” (voto proferido no Plenário, em 13/12/2017).

Relembro, entretanto, que naquele julgamento, ressaltei a necessidade de um trabalho conjunto entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, sob pena de ineficácia na utilização desse instrumento de obtenção de prova:

“Obviamente, se não houver um trabalho conjunto em nada adiantará, porque realizado um acordo e, depois, o Ministério Público, na investigação, arquiva a investigação, mas não vejo ferimento à Constituição, salvo no § 2º do art. 4º na questão do perdão judicial” (voto proferido no Plenário, em 13/12/2017).

Na presente hipótese, ocorreu exatamente a preocupação que externei, porém, em situação mais grave e delicada, pois a Polícia Judiciária efetivou um acordo de colaboração premiada, anteriormente recusado, em 2017, pela Força Tarefa da Lava Jato do Rio de Janeiro – Ministério Público e que, no âmbito do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL teve parecer contrário à sua homologação pela Procuradoria Geral da República, que, inclusive, requereu o imediato arquivamento dos inquérito instaurados com base nos anexos da colaboração.

A Procuradoria-Geral da República apontou violações aos deveres anexos na fase pré-contratual, destacando que, no passado, a defesa do interessado, ora agravado, procurou a Força Tarefa da Lava Jato no Rio de Janeiro com a intenção de negociar eventual colaboração premiada a ser firmada com o Ministério Público Federal. No entanto, após algumas reuniões, a Força Tarefa da Lava Jato no Rio de Janeiro concluiu que o interessado, por várias vezes, omitiu informações sobre pessoas e fatos importantes para a compreensão do funcionamento da organização

criminosa, e, especialmente, em relação à recuperação de bens e valores que permaneciam ocultos por pessoas que atuam em seu nome.

A título de exemplo, a Procuradoria-Geral da República destacou que:

[...] candidato a colaborador deixava de falar de pessoas próximas, especialmente parentes e amigos que funcionaram como laranjas, líder da organização criminosa, com a clara finalidade de proteger certas pessoas e ocultar o proveito e produto dos crimes praticados.

Nesse sentido, durante essa fase de tratativas com o MPF, SÉRGIO CABRAL paralelamente prestou depoimento em juízo, nos autos da ação penal n.º 050387031.2017.4.02.510, sobre a participação de sua esposa, Adriana Ancelmo, na organização criminosa de que ele era líder.

Na ocasião, ao ver do MPF, o interessado faltou com a verdade, alegando que ela não praticou crimes, sendo certo que o órgão ministerial, àquela altura, já possuía elementos probatórios suficientes que apontavam em sentido contrário.

Tanto é assim que, logo em seguida, Adriana Ancelmo foi condenada: (i) em 20/09/2017, na ação penal n.º 0509503-57.2016.4.02.5101 (Operação Calicute), por lavagem de capitais em razão do recebimento de dinheiro em espécie no seu escritório, lastreado em contrato fictício com a empresa REGINAVES e contrato fictício com o grupo PORTOBELLO; (ii) em 19/12/2017, na ação penal n. 0015979-37.4.02.5101, também por lavagem de capitais valendo-se do seu escritório de advocacia.

Deste modo, diante das mentiras e omissões implementadas de forma seletiva pelo interessado durante as negociações de eventual acordo de colaboração premiada, o Ministério Público Federal concluiu pela ausência de preenchimento dos requisitos necessários – boa-fé e lealdade processual –, inclusive na fase pré-contratual, e deixou de celebrar o referido acordo.

Entretanto, uma vez frustrada a sua pretensão de firmar o acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal e após o julgamento da ADI 5.508/DF, por esta CORTE, a defesa do interessado, ora agravado, procurou a Polícia Federal para firmar o acordo de colaboração premiada.

O interessado, portanto, procurou, pela via transversa, garantir os benefícios legais que a lei lhe garante, mesmo, no passado, em situação praticamente idêntica, tendo faltado com a verdade e omitido dados e fatos de relevante importância para o órgão Ministerial.

A homologação do acordo de colaboração premiada realizada pela Polícia Judiciária com Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho gerou a instauração de 12 (doze) inquéritos criminais no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a partir dos anexos produzidos pelas declarações do delator em relação à autoridades detentoras de prerrogativa de foro.

Enviados ao Ministério Público, o Procurador Geral da República requereu o imediato arquivamento de todas as investigações, por entender ausentes elementos probatórios mínimos e suficientes a corroborarem as declarações do delator. A Presidência desta SUPREMA CORTE acolheu os pedidos de arquivamento, nos termos de jurisprudência pacífica do Tribunal.

Somente após os referidos arquivamentos, o delator Sérgio Cabral surgiu com novas declarações, que, surpreendentemente, passavam a imputar fatos ilícitos a Ministro desta CORTE e ao Procurador Geral da República, coincidentemente, responsáveis pelo arquivamento dos 12 (doze) anexos anteriores, em virtude da falta de substância da colaboração premiada.

Surpreendentemente, essas novas declarações foram complementadas pela autoridade policial com base em notícias de jornais, fotos de eventos sociais e com pretensos relatórios de inteligência produzidos em face de autoridades com foro no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em total e absoluta desrespeito ao artigo 33, parágrafo único da LOMAN:

Art. 33, Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Tal conduta configurou flagrante ilegalidade, pois o acordo de colaboração premiada realizado pela Polícia Judiciária, 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’Etat de droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 12).

A análise da regularidade e legalidade do acordo de colaboração premiada deverá verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos.

Se ausente a coerência, o acordo estará viciado por infringência ao ordenamento jurídico e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias (TOMAS-RAMON FERNÁNDEZ. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991. p. 115), pois o exame da legalidade e moralidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pela autoridade – na presente hipótese, da Polícia Judiciária – que celebrou o acordo de colaboração premiada.

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito (KARL LARENZ. *Derecho justo* : fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 154), e, portanto, a Polícia Judiciária ao celebrar o acordo de colaboração premiada deve respeito aos requisitos legais; que não ocorreu na presente hipótese.

Preliminarmente, portanto, a **conduta inicial** da autoridade policial na elaboração do acordo de colaboração premiada, após taxativa e fundamentada negativa por parte do Ministério Público; e, a **conduta posterior** de continuidade da elaboração de anexos e realização de investigações preliminares sem observância da legislação, mesmo após o arquivamento dos inquéritos instaurados com base em seus anexos pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a partir de requerimentos do Procurador Geral da República, demonstraram o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade da Polícia Judiciária, com efetiva demonstração de arbitrariedade e, conseqüentemente, ineficácia do acordo

de colaboração premiada celebrado pela Polícia Federal com frontal oposição do Ministério Público.

Em face disso, adiro à proposta do eminente Ministro Gilmar Mendes, no sentido de comunicação à Procuradoria Geral da República para instauração de investigação em face da autoridade policial responsável e do colaborador pela prática, em tese, dos crimes de abuso de autoridade e de divulgação de segredo profissional, previstos no artigo 30 da Lei 13.869 /2019 e artigo 154 do Código Penal.

No mérito, igualmente, há graves vícios no acordo de colaboração premiada que não permitem sua homologação, uma vez que o referido ajuste não cumpre os requisitos legais, nos termos do art. 4º, §7º, da Lei n. 12.850/13.

A análise do Poder Judiciário, em relação a delação/colaboração premiada, deve incidir sobre a *legalidade lato 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).

Em relação ao acordo de colaboração premiada, conforme me posicionei no julgamento da Questão de Ordem na Petição 7.074 Distrito Federal (21/06 /2017), o Poder Judiciário somente poderá analisar a legalidade desse “ *negócio jurídico personalíssimo*” , e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade devidamente acordado entre o Ministério Público/Polícia e o “colaborador/delator”, que poderão, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito das investigações criminas e a persecução penal (GEORGES VEDEL. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 318; SEABRA FAGUNDES . *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131).

O acordo de *colaboração premiada* envolve o Estado (Ministério Público ou Polícia), e, portanto, é um *negócio jurídico personalíssimo, no campo do Direito Público*, campo no qual a discricionariedade permitida para a celebração nunca é absoluta, pois balizada pela Constituição e pela legislação, sob pena de poder-se converter em arbitrariedade.

O Poder Judiciário deve exercer somente o juízo de verificação de exatidão do exercício de oportunidade perante a legalidade (GEORGES VEDEL. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 320), pois estamos no campo do Direito Público, com a participação do Estado (Ministério Público ou Polícia) nesse “negócio jurídico”.

Além disso, por se tratar de um *negócio jurídico personalíssimo*, no campo do Direito Público, na análise da regularidade e legalidade do acordo de delação premiada, o Poder Judiciário poderá analisar a veracidade dos pressupostos fáticos para a sua celebração (*motivo*).

Nesse sentido, assim como no campo do Direito Administrativo, VEDEL aponta a existência de um controle mínimo de todos os atos discricionários do Poder Público – seja pelo Ministério Público, seja pela Polícia Judiciária –, que deverá ser sob o ângulo dos elementos dos atos e contratos administrativos pois, embora possa haver competência do agente, é preciso, ainda, que os motivos correspondam aos fundamentos fáticos e jurídicos do ato, e o fim perseguido seja legal.

A análise da veracidade dos pressupostos fáticos (*motivo*) para a celebração do presente acordo de colaboração premiada aponta a existência de flagrante ilegalidade.

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual e, portanto, exige, para a sua validade, além de manifestação de vontade livre e sem vício, a ausência de violação aos deveres anexos ao ligados à boa-fé objetiva e a necessidade de respeito à vedação de comportamentos contraditórios – *venire contra factum proprium* .

Essa observância aos deveres anexos deve ocorrer tanto antes da celebração do acordo (hipótese em que, se constatado o descumprimento dos deveres anexos, o vício acarretará a nulidade do acordo), quanto após a celebração do acordo (hipótese em que, se constatado o descumprimento, poderá causar a anulação do acordo por consequência do inadimplemento contratual),

No caso concreto, existem circunstâncias aptas a indicar que houve violação dos deveres anexos da boa-fé objetiva nas fases pré e pós-contratual, na linha das razões recursais do presente Agravo Regimental.

Além da violação aos deveres anexos na fase pré-contratual, apontados pela Procuradoria-Geral da República e detalhadas anteriormente, em relação às violações aos deveres anexos na fase pós-contratual, vale destacar que, embora o agravado tenha firmado acordo de colaboração premiada com a autoridade policial e, por consequência, estivesse vinculado à obrigação de cessar a prática criminosa – efeito direto do dever de lealdade e da vedação a comportamentos contraditórios –, a Procuradoria-Geral da República trouxe inúmeras informações de que o agravado permaneceria em situação de ocultação dos bens e valores adquiridos em razão da sua extensa lista de crimes; o que caracterizaria, ao menos em tese, a continuidade da prática do crime de lavagem de dinheiro.

Sobre esses fatos, o Ministério Público Federal apurou que ele recebeu um montante total de R\$ 545.654.891,00 (quinhentos e quarenta e cinco milhões, seiscentos e cinquenta e quatro mil, oitocentos e noventa e um reais) a título de vantagens indevidas, porém boa parte dos bens e valores recebidos de forma ilícita permanecem com a sua localização desconhecida ou oculta, em patente situação de ocultação.

E caso ocorra a homologação do acordo de colaboração firmado com a autoridade policial, que prevê a "devolução" de parte do valor (cerca de R\$ 380 milhões de reais), o interessado ainda perceberia, ao menos, R\$ 170 milhões de reais obtidos com a prática de crimes, em verdadeiro descompasso com o intuito previsto na Lei n. 12.850/13.

Sendo assim, é incompatível com as finalidades ao acordo de colaboração premiada que o colaborador, ao mesmo tempo em que celebra o acordo e garante os benefícios legais, continue a praticar crimes, afinal, é cláusula implícita a qualquer acordo de colaboração premiada a obrigação de o colaborador cessar a prática criminosa e não voltar a delinquir.

Dessa forma, em razão dos fatos apontados pelo agravante serem robustos no sentido de que o interessado, ora agravado, violou, por mais de uma vez, os deveres anexos da boa-fé objetiva, entendo que o acordo de

colaboração premiada firmado não satisfaz os critérios legais do negócio jurídico processual.

Diante de todo o exposto, CONHEÇO do presente AGRAVO REGIMENTAL e, ACOLHO A QUESTÃO PRELIMINAR suscitada, TORNANDO SEM EFEITO A DECISÃO HOMOLOGATÓRIA de colaboração premiada (fls. 726/739), porém por fundamentos diversos do eminente Ministro relator e sem a fixação de tese *erga omnes* e vinculante que subtraia da Polícia Judiciária, em tese, a possibilidade de celebrar acordos de colaborações premiadas. **Subsidiariamente**, caso venha a ser afastada a questão preliminar, DOU PROVIMENTO ao presente Agravo Regimental, para REFORMAR A DECISÃO DE HOMOLOGAÇÃO do acordo de colaboração premiada firmado entre Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho e a Polícia Federal, uma vez que o referido ajuste não cumpre os requisitos legais, nos termos do art. 4º, §7º, da Lei n. 12.850/13.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 527/16-9