

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (julgamento conjunto do Segundo Ag.Reg. na PET 6455, Ag.Reg. na PET 6477, Ag.Reg. na PET 6487, Ag.Reg. na PET 6490, Ag.Reg. na PET 6491 e Ag.Rg. na PET 6517): Trata-se de agravos regimentais interpostos contra decisão do eminente Relator, Min. EDSON FACHIN, que determinou a implementação imediata das medidas necessárias ao cumprimento da pena de perdimento de bens prevista nas cláusulas dos acordos de colaboração premiada celebrado entre os recorrentes, então executivos do grupo Odebrecht, e o Ministério Público Federal.

O Ministro Edson Fachin determinou que os recorrentes apresentassem termo de renúncia aos bens e valores indicados nos respectivos acordos, por entender que não seria possível inferir que a cláusula de perdimento de bens, assim como a pena privativa de liberdade, deveria ser postergada até o momento de prolação da sentença penal condenatória.

Além disso, entendeu o Relator que a opção pela não execução antecipada da pena por parte dos colaboradores recorrentes configuraria uma evidente intenção de promover a alteração das bases objetivas sobre as quais se formou o consenso que gerou o acordo de colaboração premiada, circunstância que somente poderia ser alcançada mediante termo aditivo ao contrato, do qual não se tem notícia.

Aduz ainda o eminente Ministro Edson Fachin que houve a confissão sobre a origem ilícita dos recursos disponibilizados a título de perdimento, sem qualquer ressalva ou vício de consentimento, de modo que se deveria proceder com a imediata integralização desses valores.

Por sua vez, os recorrentes alegam que a pena prevista pelo acordo deve ser aplicada quando da prolação da sentença penal condenatória, exigindo-se, ainda, o trânsito em julgado.

Sustentam ainda que a execução da pena de perdimento acordada com o MPF, mesmo que possa ser considerada como um benefício ou resultado a ser atingido pela colaboração premiada, nos termos estabelecidos pelo art. 4º, IV, da Lei 12.850/2013, demandaria a sua aplicação apenas quando da prolação da sentença, com base inclusive na norma prevista pelo art. 7º da Lei 9.613/98 que é referenciada no acordo celebrado entre as partes.

Em reforço aos argumentos já apresentados, os recorrentes invocam

trecho da decisão de homologação dos acordos de colaboração premiada proferida pela então Presidente desta Corte, a Ministra Cármem Lúcia, em que se registrou que *“o cumprimento antecipado do acordado, conquanto possa se mostrar mais conveniente ao colaborador, evidentemente não vincula o juiz sentenciante, nem obstará o exame judicial no devido tempo”*.

Nesse contexto, defendem os recorrentes que somente poderia ser admitida a antecipação da sanção caso houvesse a aceitação do interessado e, mesmo assim, tal circunstância não obstaria o exame judicial da legalidade e da dosimetria das penas no devido tempo.

Os recursos interpostos citam, em apoio às teses apresentadas, precedentes jurisprudenciais que rejeitam a atribuição da condição de título executivo judicial condenatório aos acordos de colaboração premiada, razão pela qual rechaçam a tentativa de imediata execução antes do trânsito em julgado das respectivas sentenças penais condenatórias.

Considerando a relevância do debate instaurado, a complexidade da questão de fundo e os significativos impactos no sistema de justiça criminal e negocial brasileiro, pedi vista dos autos para melhor analisar a questão, a qual pode ser posta de forma objetiva nos seguintes termos:

é possível a execução antecipada da pena ou do efeito da condenação do perdimento de bens com base apenas no acordo de colaboração premiada, sem a existência de sentença penal condenatória transitada em julgado?

Ao analisar o tema com maior profundidade, divirjo do eminente Relator, pelas razões e fundamentos que passo a expor, os quais incluem objeções mais amplas que envolvem as garantias constitucionais fundamentais no processo penal e os limites dos espaços de consensualidade, até questões dogmáticas mais específica, como a existência de proibições legais, os limites estabelecidos pela jurisprudência desta Corte, a redação das cláusulas dos acordos de colaboração premiada questionados nestes autos e os próprios termos estabelecidos pela decisão de homologação.

1. DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E FUNDAMENTAIS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

De maneira geral, o sistema de justiça penal clássico encontra-se

fortemente influenciado pelo princípio da legalidade (art. 5º, *caput* e XXXIX, da CF/88), o qual, por sua vez, possui relação de íntima conexão com a própria ideia de Estado de Direito e com as aspirações liberais e democráticas de separação de poderes e de proteção dos direitos fundamentais (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Saraivajur, série IDP, 2019, p. 534).

Dentro dessa ideia, cumpre registrar que as restrições impostas pela legalidade exigem que qualquer intervenção no âmbito das liberdades fundamentais seja sempre lastreada em prévia autorização legislativa e nos estritos limites daquilo que é legalmente e constitucionalmente admissível, conforme já tive a oportunidade de pontuar em estudos doutrinários (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Saraivajur, série IDP, 2019, p. 534).

Ainda no que se refere à legalidade, Luigi Ferrajoli prevê o estrito cumprimento à lei como **núcleo central ou fundante, modelo-limite ou regulador** do sistema de justiça criminal. Ao lado da exigência de rígida e estrita observância à lei, o autor também estabelece dez axiomas fundamentais que caracterizam o modelo garantista de direito ou de atribuição da responsabilidade penal, quais sejam:

- 1) Nulla poena sine crimine (não há pena sem crime)
- 2) Nullum crimen sine lege (não há crime sem lei)
- 3) Nulla lex (poenalis) sine necessitate (não há lei penal sem necessidade)
- 4) Nulla necessitas sine injuria (não há necessidade sem lesão)
- 5) Nulla injuria sine actione (não há lesão sem ação)
- 6) Nulla actio sine culpa (Não há ação sem culpa)
- 7) Nulla culpa sine judicio (Não há culpa sem julgamento)
- 8) Nullum judicium sine accusatione (Não há julgamento sem acusação)
- 9) Nulla accusatio sine probatione (Não há acusação sem provas)
- 10) Nulla probatio sine defensione (Não há prova sem defesa) (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 6ª ed. Roma: Laterza, 2000, p. 74 e ss)

A conclusão que se extrai a partir desses dez axiomas ou princípios

axiológicos é que a **cominação de qualquer sanção ou efeito penal requer a prévia definição em lei e a sua aplicação por parte da autoridade judicial ao final de um processo instaurado de forma válida e eficaz, com garantia de defesa e contraditório**, conforme inclusive previsto no direito constitucional brasileiro a partir da cláusula fundamental do art. 5º, XXXIX, da CF/88.

Ao discorrer e aprofundar as premissas estabelecidas em seu texto, Ferrajoli esclarece que *“estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal”* (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 6ª ed. Roma: Laterza, 2000. p. 75).

O autor também explica que tais princípios foram elaborados a partir do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebeu como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”, tendo sido posteriormente incorporados, de forma mais ou menos rígida, às Constituições e codificações, de modo a se converterem em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 6ª ed. Roma: Laterza, 2000. p. 75)

Ao contrapor os princípios e axiomas de seu modelo garantista de justiça criminal a variações ou sistemas dotados de traços de maior inquisitoriedade, autoritarismo ou irracionalidade, o ilustre autor italiano estabelece determinadas premissas que merecem ser transcritas na íntegra.

Dentro dessa ideia, ao defender a legalidade e as demais garantias penais e processuais penais, aduz Ferrajoli que:

o princípio da legalidade estrita implica todas as demais garantias – da materialidade da ação ao juízo contraditório – como outras tantas condições de verificabilidade e de verificação e constitui por isso também o pressuposto da estrita jurisdicionariedade do sistema. Precisamente, [...] a legalidade estrita garante a verificabilidade e a falseabilidade dos tipos penais abstratos, assegurando, mediante as garantias penais, a denotação taxativa da ação, do dano e da culpabilidade, que foram seus elementos constitutivos. Enquanto isso, a estrita jurisdicionariedade garante a verificação e a falseabilidade dos tipos penais concretos, assegurando mediante as garantias processuais e os pressupostos empíricos do ônus da prova a

cargo da acusação e do direito de contestação por parte da defesa. [...] À medida que tais princípio estejam incorporados no ordenamento positivo sob a forma de princípios constitucionais ou, em todo caso, legais, constitui ele também um modelo normativo de legitimidade jurídica ou de validade. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 6^a ed. Roma: Laterza, 2000. p. 77-78)

Por outro lado, ao denunciar os excessos e vícios dos sistemas inquisitoriais que o autor classifica como sendo aqueles em que inexiste separação entre as funções de acusação e de julgamento e nos quais há a atribuição de funções jurisdicionais à acusação ou de funções acusatórias aos órgãos jurisdicionais, Ferrajoli escreve que:

O sistema “sem acusação separada” [...] que configura o método inquisitivo, deriva, por sua vez, da subtração do axioma [...] sobre a imparcialidade do juiz e de sua separação da acusação. Aparece em todos os ordenamentos nos quais o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais. Em tais sistemas, a mistura de acusação e juízo compromete, sem dúvida, a imparcialidade do segundo e, por seu turno, frequentemente, a publicidade e a oralidade do processo. [...] é fácil compreender que a carência dessas garantias debilita todas as demais e, em particular, as garantias processuais da presunção de inocência do acusado antes da condenação, o ônus acusatório da prova e do contraditório com a defesa. **O enfraquecimento das garantias processuais pode chegar nestes sistemas até a falta de prova e de defesa: não apenas [...] em sentido estrito, pela indeterminabilidade da verdade processual, senão ainda, em sentido lato, pela admissão de intervenções penais sem qualquer satisfação do ônus da prova por parte da acusação e/ou sem qualquer controle por parte da defesa.** [...] É evidente que nestes casos, ao faltar a obrigação de provar e a possibilidade de contraditar as imputações, os juízos penais acabam por informar-se mediante critérios meramente substancialistas e de autoridade. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 6^a ed. Roma: Laterza, 2000. p. 79)

Na sequência, o autor denuncia ainda os vícios e excessos de sistemas punitivos dotados de características pré-penais, extrapenais ou

irracionais, ao aduzir que:

podem ser concebidos, enfim, outros três sistemas punitivos – não propriamente penais, mas pré-penais ou extrapenais – que com uma expressão de Max Weber chamarei *irracionais*. O sistema [...] sem delito [...] o sistema “sem juízo” [...] e o sistema “sem lei”.

O primeiro destes sistemas, que chamarei de *mera prevenção*, não é distinto do sistema puramente subjetivista do “tipo de autor”, a respeito do qual carece, inclusive formalmente, do princípio da retributividade [...] Entre os pressupostos da sanção penal, resulta nele suprimido todo o fato delituoso e não apenas [...] seu elemento subjetivo ou objetivo. A punição, consequentemente, assume nele a natureza de medida preventiva de desvio, em vez de retributiva, [...] como um *prius* em vez de um *posteriorius* relativamente ao fato criminoso. É evidente o caráter não igualitário, ademais de puramente decisionista, deste esquema de intervenção punitiva. De conformidade com ele, o direito e o processo penal se transformam de sistema de retribuição, dirigido a prevenir os fatos delituoso por meio da comprovação e da punição dos já ocorridos, em sistemas de pura prevenção, dirigido a afrontar a mera suspeita de delitos cometidos, mas não provados, ou o mero perigo de delitos futuros.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 6^a ed. Roma: Laterza, 2000. p. 81-82)

É, portanto, dentro desse contexto que o princípio da legalidade penal, estabelecido pela Constituição Federal (art. 5º, XXXIX, da CF/88) e devidamente detalhado na doutrina de Ferrajoli, se associa e se vincula às demais garantias fundamentais do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88), da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88) e da individualização da pena (art. 5º, XLVI), de modo a formar as bases centrais do sistema de justiça criminal tradicionalmente associado à noção de que a aplicação da pena e de seus demais efeitos condenatórios requer a afirmação da culpa em um processo com contraditório e após a prolação de uma sentença penal transitada em julgado.

Apesar do forte conteúdo limitador dos direitos e princípios fundamentais acima descritos, não se deve ignorar que há uma evidente relação de tensionamento entre o âmbito de aplicação dessas garantias

constitucionais clássicas do processo penal à luz das regras e modelos de atuação da justiça negocial que vêm sendo paulatinamente incorporadas aos sistematicos penais, razão pela qual se entende ser necessário abordar esse tema enquanto matéria ou questão necessária ao julgamento dos recursos interpostos.

2. DAS TENSÕES ENTRE AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL EM RELAÇÃO ÀS NOVAS DIRETRIZES DO MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL

Conforme estabelecido, os recursos em julgamento dimensionam uma evidente tensão entre as garantias fundamentais da **legalidade penal**, do **devido processo legal**, da **presunção de inocência** e da **individualização da pena** com as novas diretrizes do **modelo de justiça negocial** que fundamentam a celebração de acordos de colaboração premiada.

Isso porque, de forma geral, a justiça criminal negocial ou consensual pode ser definida como um regime que se pauta pela aceitação de ambas as partes - acusação e defesa - a um acordo de colaboração que resulta no afastamento do réu de sua posição de resistência no processo, com o encerramento antecipado, a abreviação ou supressão integral de alguma fase procedural e a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 13; CUNHA, Vítor. **Acordos de Admissão de Culpa no Processo Penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 82-86).

Trata-se, portanto, de uma lógica de atuação que relativiza ou condiciona a ideia de obrigatoriedade da ação penal, visto que instrumentaliza ou condiciona o princípio da indisponibilidade da persecução penal a espaços de oportunidade e discricionariedade no processo que substituem o modelo oficial de acusação e julgamento compulsórios (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 14).

Registre-se que há uma ampla disseminação desses modelos consensuais ao redor do mundo, porém com diferenças significativas em termos regulatórios.

A título de exemplo, é possível citar a forte influência exercida pelas práticas do *plea bargain* ou dos acordos judiciais vigentes nos Estados

Unidos e na Grã-Bretanha, nos quais se constata o exercício de uma ampla discricionariedade atribuída à acusação e à defesa no que se refere ao oferecimento da acusação, à confissão, à assunção da responsabilidade penal e à própria definição da quantidade de pena (DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal.** Conselho Distrital do Porto: Porto, 2011, p. 17).

Em relação a esse modelo adversarial puro do direito anglo-saxão, a doutrina ressalta que a ideia primordial que fundamenta a justiça negocial é a perspectiva utilitarista do *deal* ou do acordo, independentemente de qualquer tipo de investigação oficial ou de uma avaliação mais aprofundada acerca da sua regularidade. Por isso motivo, diz-se que nestes sistemas a função judicial se resume a uma simples atividade de arbitramento do duelo travado entre a acusação e a defesa, os quais possuem ampla disponibilidade sobre os limites do acordo e do próprio processo (DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal.** Conselho Distrital do Porto: Porto, 2011, p. 50).

Em virtude destas peculiaridades e da amplíssima discricionariedade existente no modelo anglo-americano, entende-se ser impossível a sua pura e simples transferência a outros ordenamentos jurídicos, inclusive no que se refere ao caso brasileiro, tendo em vista as limitações constitucionais que impõem a observância à estrita legalidade no âmbito da formulação da persecução penal e da tramitação dos processos, bem como diante da atribuição de específicas funções judiciais a temas que englobam a avaliação das provas, a certificação da culpa e a definição *in concreto* das penas (DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal.** Conselho Distrital do Porto: Porto, 2011, p. 50).

No que se refere a experiências existentes fora do eixo Inglaterra-Estados Unidos, a doutrina destaca a incorporação de diretrizes negociais mais limitadas ou regradas nos ordenamentos jurídicos da Europa, da América do Sul e até mesmo no direito internacional, com destaque para as regulamentações legais vigentes em Portugal, na Itália, na Espanha, na França, na Alemanha, bem como nas Convenções de Mérida e de Palermo, as quais determinam aos Estados Parte que adotem as medidas adequadas para estimular a cooperação dos investigados em investigações envolvendo organizações criminosas ou crimes de corrupção em troca da concessão de benefícios penais ou processuais (DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal.** Conselho Distrital do Porto: Porto, 2011, p. 17-28; VASCONCELOS,

Vinícius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 19-23).

No que se refere às regulamentações existentes nos países estrangeiros, na Itália é possível citar a figura do “*pattegiamento sulla pena*” ou da “aplicação da pena a requerimento das partes”, no qual se estabelece que o arguido e o MP podem requerer ao juiz a aplicação de uma pena substitutiva ou pecuniária, diminuída até um terço, ou de uma medida detentiva que não ultrapasse 5 (cinco) anos, sozinha ou em conjunto com a pena pecuniária (DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal.** Conselho Distrital do Porto: Porto, 2011, p. 18-19).

Já o instituto espanhol da “conformidade” (*conformidad*) é considerado como um dos mais complexos e obscuros do processo penal ibérico, sendo caracterizado por uma declaração de vontade, admissível nas formas de procedimento abreviado, no qual o arguido, assistido pelo seu advogado, se conforma com a acusação formulada pelos órgãos de persecução e com a pena solicitada, desde que esta não exceda 6 (seis) anos de privação de liberdade. Diante deste acordo, tem-se o imediato encerramento do processo sem a realização de uma audiência oral, com a prolação de sentença que possui força de coisa julgada (DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal.** Conselho Distrital do Porto: Porto, 2011, p. 18-19).

Na França, há o instituto da composição penal (*composition pénale*) e do reconhecimento preliminar de culpabilidade (*reconnaissance préalable de culpabilité*), os quais se assemelham, segundo Figueiredo Dias, à suspensão provisória do processo vigente em Portugal e à transação penal brasileira. Em ambos os casos, há a aplicação de regras negociais no que se refere a delitos de menor potencial ofensivo que possuam penas máximas de prisão simples de até 5 (cinco) anos (DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal.** Conselho Distrital do Porto: Porto, 2011, p. 20).

No que se refere às diretrizes da justiça negocial no sistema português, tem-se as hipóteses de arquivamento dos processos por concordância entre as partes nos casos em que a legislação dispensa a aplicação de uma pena (art. 280 do CPP português), bem como as situações de suspensão provisória do processo (art. 281 do CPP português) e de aceitação da pena pelo acusado (art. 396), as quais se aplicam, em toda e qualquer situação, aos procedimentos sumaríssimos relativos a delitos com pena não superior a 5 (cinco) anos ou sancionados

apenas com pena de multa (DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal**. Conselho Distrital do Porto: Porto, 2011, p. 21).

Ao lado dessas hipóteses legalmente previstas, Jorge Figueiredo Dias publicou relevante trabalho no qual busca defender a adoção de um modelo aproximado aos “acordos sobre sentença” do direito alemão, no qual existiria, segundo a opinião do autor, limitações ao exercício do poder punitivo no âmbito da justiça negocial compatíveis com as garantias fundamentais mínimas do Estado de Direito.

Ao defender a tentativa de harmonização entre estes paradigmas aparentemente contraditórios, o autor ressalta a importância de se manter e não relativizar algumas garantias fundamentais, como o modelo acusatório vigente e o princípio da investigação oficial. Nesse sentido, defende Figueiredo Dias que:

O modelo de um processo penal basicamente acusatório integrado por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial deve [...] permanecer intocado. O que sucede, em meu parecer, é que este modelo tem agora, se quiser adequar-se à transformação ideológica, cultural e social dos tempos ditos pós-modernos e às exigências acrescidas de eficácia processual, de ser integrado num paradigma assaz diferente do que até há pouco presidiu toda a concepção europeia continental. Num paradigma que, não deixando de assinalar ao processo penal uma característica adversarial, deve dar passos decisivos na incrementação, em toda a medida possível, de estruturas de consenso em detrimento de estruturas de conflito entre os sujeitos processuais; como forma de oferecer futuro a um processo penal dotado de <<eficiência funcionalmente orientada>> indispensável à ultrapassagem da actual sobrecarga da justiça penal, sem menoscabo dos princípios constitucionais adequados ao Estado de Direito (DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal**. Conselho Distrital do Porto: Porto, p. 16)

Pelo que se observa, o autor entende que os influxos da justiça negocial não deve excluir o poder-dever dos órgãos de persecução e de julgamento de instruir a causa com as provas apontadas pelas partes e de dar seguimento às ações de forma célere, tendo em vista a ausência de resistência e a colaboração da pessoa acusada, mas sem ignorar o

dever judicial de avaliar o substrato fático da acusação e se pronunciar sobre a culpabilidade do imputado ou colaborador (DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal**. Conselho Distrital do Porto: Porto. p. 43-45).

Na Alemanha, a doutrina destaca, inicialmente, a rigidez do sistema de justiça criminal que decorre da incidência do **princípio da legalidade e da indisponibilidade da persecução penal** e as relativizações às referidas normas que foram estabelecidas a partir da inclusão de figuras como a suspensão do processo, que se aplica aos casos de delitos de pequeno ou médio potencial ofensivo, ou de dispensa de persecução em virtude da colaboração do acusado para o descobrimento de delitos mais graves (GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Penais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 134-153).

Há, ainda, o relevante desenvolvimento promovido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça Federal (*Bundesgerichtshof*) que culminou na validação da existência e dos limites dos acordos sobre a sentença anteriormente descritos, os quais tiveram origem em julgamentos iniciados no final dos anos de 1970 até resultar na promulgação da lei aprovada em 4 de agosto de 2009, que provocou alterações relevantes na StPO, o Código de Processo Penal daquele país (DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal**. Conselho Distrital do Porto: Porto. p. 23).

Em relação a esse último modelo, a jurisprudência da Suprema Corte alemã e a legislação correlata admitem os acordos entre acusação e defesa no âmbito do processo penal que compatibilizem os aspectos essenciais do Estado de Direito e do ideal de justiça com as novas orientações que buscam a atender à necessidade de um sistema criminal célere e funcional (**BGHSt 43, 195, de 28.8.1997 e BHG GS St 1/04, de 3.3.2005**, disponíveis em: <www.hrr-stafrecht.de>).

Nesse sentido, admite-se a celebração de acordos que estabeleçam a confissão do acusado, a aceitação da imputação formulada pelo Ministério Público e a sua colaboração no fornecimento de provas e no esclarecimento de fatos como forma de compensação pela concessão de determinados benefícios, como a previsão de uma pena máxima a ser cumprida e que não poderá ser ultrapassada em caso de condenação (**BGHSt 43, 195, de 28.8.1997 e BHG GS St 1/04, de 3.3.2005**, disponíveis em: <www.hrr-stafrecht.de>).

No que se refere aos limites destes acordos, o sistema jurídico alemão prevê a necessária observância aos princípios do processo justo e da verificação da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal. Por esses motivos, entende-se não ser possível a celebração de negócios que repercutam na imediata formação da culpa ou que substituam o julgamento a ser posteriormente realizado pelo Poder Judiciário, com a definição da pena concreta e específica a ser cumprido pelo imputado (**BGHSt 43, 195, de 28.8.1997** e **BHG GS St 1/04, de 3.3.2005**, disponíveis em: <www.hrr-stafrecht.de>).

Além disso, os princípios do julgamento justo e da verificação da culpabilidade preveem o dever da autoridade judicial de prestar todos os esclarecimentos sobre a situação processual do imputado, bem como de realizar o julgamento da pretensão acusatória com a adequada subsunção dos fatos denunciados e a aplicação e dosimetria das penas nos casos de condenação, de forma proporcional à culpa (**GHSt 43, 195, de 28.8.1997** e **BHG GS St 1/04, de 3.3.2005**, disponíveis em: <www.hrr-stafrecht.de>).

Em suma, pode-se dizer que os acordos sobre a sentença do Direito alemão, os quais também são defendidos por Figueiredo Dias no âmbito do Direito português, se encontram regidos pelas seguintes premissas (**GHSt 43, 195, de 28.8.1997** e **BHG GS St 1/04, de 3.3.2005**, disponíveis em: <www.hrr-stafrecht.de>; DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal**. Conselho Distrital do Porto: Porto, 2011, p. 43-73):

- a) não se admite a celebração de acordos que substituam o dever judicial de analisar as provas dos autos, de declarar a condenação do imputado e de fixar a quantidade da pena a ser aplicada;
- b) a confissão prestada pelo colaborador no acordo deve ser verificada à luz das demais provas do processo em relação à sua credibilidade e factualidade;
- c) os acordos devem observar regras mínimas de publicidade e transparência, não devendo ser admitido os pactos inteiramente sigilosos, pouco transparentes ou não submetidos ou ratificados em audiências públicas e/ou formais;
- d) há a possibilidade de celebração de acordo em relação à pena máxima a ser aplicada e a eventuais benefícios penais atrelados a tal montante, como a aplicação de penas substitutivas quando a pena máxima acordada não superar o limite legalmente estabelecido para a concessão do benefício,

devendo tal acordo ser observado pelo juízo, salvo se surgirem circunstâncias novas, graves e desconhecidas que alterem de maneira significativa o quadro fático;

e) a pena a ser aplicada pelo juiz deve ser proporcional à culpa, sendo vedada a cláusula que estabeleça e quantidade da pena a ser cumprida *in concreto*, pois isso significaria a absoluta desconsideração do princípio da verificação da culpabilidade e representaria verdadeira antecipação do julgamento pelo órgão de acusação;

f) não devem ser admitidas outras cláusulas ilegais que extrapolam o objeto do acordo e limitam excessivamente o direito de defesa, como as que tratam, por exemplo, da renúncia do direito ao recurso.

No que se refere ao Brasil, é importante pontuar que o sistema jurídico-constitucional nacional se encontra fortemente influenciado pelas garantias fundamentais do processo e do Estado de Direito que estabelecem sérias limitações ao *jus puniendi*, de forma semelhante àquelas encontradas em grande parte dos países europeus, conforme anteriormente exposto.

Com base nesse contexto, a doutrina majoritária defende que o conteúdo e a dimensão das garantias fundamentais expostas no tópico anterior devem ser **aplicáveis no âmbito da justiça negocial e dos acordos de colaboração premiada**.

Nesse sentido, ao tratar da aplicação do **princípio da legalidade** aos **acordos de colaboração premiada**, Vinícius Gomes de Vasconcellos defende o caráter limitador desta norma, a qual favorece a liberdade das pessoas acusadas contra pressões indevidas, ao escrever que:

a aceitação de um modelo irrestrito e avesso às previsões normativas incentiva condutas ilegítimas e indevidas coações ao eventual delator, visto que ‘toda e qualquer transação não prevista na Constituição praticada pelo Ministério Público afronta princípios basilares do direito penal e, consequentemente, de um Estado Democrático de Direito’” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. São Paulo: RT, 2022. p. 246-247)

Mesmo com essas limitações, não se pode ignorar que os espaços de consenso e negociação no sistema de justiça criminal e no âmbito do

direito sancionatório brasileiro vêm sendo progressivamente ampliados a partir de diversos instrumentos que possuem regras, limites e lógicas de funcionamento distintos: a transação penal e a suspensão condicional do processo, criadas pela Lei 9.099/95 para tratar de infrações penais de pequeno e médio potencial ofensivo; o acordo de não persecução penal estabelecido pela Lei Anticrime para infrações penais de médio potencial ofensivo; os acordos de leniência e de colaboração premiada, previstos pelas Leis 12.850/2013 e 12.846/2013, para infrações penais mais graves praticadas por organizações criminosas e infrações civis ou administrativas que atinjam a administração pública nacional ou estrangeira, nos quais as penas e os impactos à liberdade e ao patrimônio das pessoas acusadas apresentam maiores níveis de risco e afetação; e o recente acordo de não persecução civil estabelecido para o sistema da improbidade administrativa pela Lei 14.230/2021.

Ao tratar das diferenças entre os institutos de barganha e de colaboração premiada no processo penal, Vinícius Vasconcellos ressalta o fato de que a barganha é um mecanismo que, com base na conformidade do acusado, autoriza a imposição da sanção penal com a supressão do curso natural do processo. **Por outro lado, a colaboração premiada pressupõe a corroboração dos elementos de prova indicados no acordo, de modo a manter a necessidade de produção probatória e os atos de instrução e julgamento** (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 16).

Desta feita, é possível concluir, tal como o faz Marcos Zilli, que “*a colaboração vai além do reconhecimento da culpa, como ocorre no plea bargaining*”, ou seja, no acordo sobre a culpa dos Estados Unidos (ZILLI, Marcos. **No acordo de colaboração entre gregos e troianos, o cavalo é o prêmio**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, a. 25, n. 300, p. 3-6).

Ressalte-se que nos casos de barganha admitidos pela legislação brasileira para infrações penais de pequeno ou médio potencial ofensivo e de menor impacto à liberdade e ao patrimônio dos acusados, há a previsão de mecanismos de simplificação processual para a aplicação abreviada da penas restritivas de direito e outras sanções de caráter patrimonial, **enquanto que na colaboração premiada destinada a lidar com crimes mais graves e de maior impacto à liberdade e ao patrimônio dos indivíduos, sobreleva-se a finalidade probatória e os maiores rigores legais estabelecidos para a aplicação das penas e dos benefícios acordados** (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 16-18).

É importante pontuar que mesmo nos casos mais simples, há sempre o tensionamento entre as garantias clássicas e fundamentais do processo e estes novos institutos de consenso, pois se por um lado as garantias tradicionais não darão conta de apresentar as respostas necessárias para tratar destes novos modelos, visto que pensadas para situações em que existem posições formais de antagonismo entre as partes, sob outra perspectiva, a ausência de releitura e de um esforço de acomodação desses limites constitucionais poderá acarretar na sua completa erosão, com graves impactos sobre a liberdade dos indivíduos e sobre a ocorrência de situações abusivas que poderão ser validadas dentro dessa nova lógica negocial (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 23; MENDONÇA, Andrey B. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord). **Colaboração Premiada**. São Paulo. Editora RT, 2017. P. 68).

Dentro desse contexto, é possível estabelecer a compatibilidade dos mecanismos da justiça negocial com as garantias fundamentais do processo penal, **desde que se leve em conta a necessidade de se criar filtros rígidos e efetivos de limitação, controle e execução dos acordos penais**, de modo a evitar o seu uso generalizado e desmedido que aumente as chances de erros e de abusos (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 25).

No que se refere aos riscos atrelados ao uso excessivo dos acordos sobre a culpa ou dos acordos de colaboração premiada, é importante ter em mente, em primeiro lugar, que a celebração destes negócios jurídicos desloca a centralidade da legitimação do exercício do poder de punir de um instrumento cognitivo fundado na reconstrução dos fatos em contraditório, com a contraposição dialética entre as teses acusatórias e defensivas com base nas provas produzidas no processo, para um sistema em que há apenas uma verdade sabida ou pré-estabelecida por escolha formulada entre as partes (BADARÓ, Gustavo H. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: OURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord). **Colaboração Premiada**. São Paulo. Editora RT, 2017. p. 143).

Além disso, deve-se ter em conta que a lógica inerente à justiça criminal negocial envolve pressões e coerções que podem ser impostas ao

acusado durante todo o processo de aceitação do acordo e de aderência à acusação, razão pela qual o pacto sobre a culpa e sobre as provas que estabelece essa verdade única no processo deve ser analisado com cuidado redobrado e com a devida diligência, inclusive nas etapas subsequentes de verificação da sua validade e correção, no julgamento de mérito das imputações penais e na fase de concessão dos benefícios penais accordados (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 26).

O que se pretende ressaltar com base nessas duas primeiras advertências é que quando uma das partes negocia a sua liberdade e os seus bens em um contexto de ameaça de prisão ou de submissão a sanções penais de natureza grave, nunca há uma posição de plena igualdade entre acusação e defesa na celebração do negócio jurídico, razão pela qual deve-se ter cuidado com a utilização de uma lógica excessivamente civilista ou de plena e irrestrita liberdade contratual em um pacto que envolve o exercício do direito de punir.

Reitero essa advertência para reforçar o seguinte: a negociação ocorrida em um contexto em que uma das partes se encontra diante do dilema entre a aplicação de uma sanção reduzida ou o risco de imposição de uma pena significativamente mais grave, o ambiente fornece fortes estímulos para a cooperação e a confissão, inclusive em relação a imputados inocentes que podem ser absolvidos ao final do processo, razão pela qual deve-se ter cuidado para que a justiça negocial seja efetivamente utilizada por parte de réus confessos, e não para fabricá-los (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 27; BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comp.). **El procedimiento abreviado**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 77; LASCURÁIN SÁNZHEZ, Juan Antonio; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Por que os inocentes celebram acordo com reconhecimento de culpa? In: SALGADO, KIRCHER, QUEIROZ (Coord.). **Justiça Consensual**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2022, p. 93-123).

Anote-se que a situação de desigualdade que permeia a celebração de acordos no âmbito da justiça criminal e que recomenda a adoção de cautelas legais e procedimentais específicas que contrariam as regras da simples liberdade contratual pode ser potencializada nos casos em que há uma forte aderência ou o aconselhamento por parte da defesa técnica para o acolhimento da pretensão acusatória, seja por motivos éticos ou antiéticos, já que nesta hipótese específica os estímulos à celebração de

um acordo injusto em desfavor de uma pessoa inocente são ainda maiores (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 29).

Nesse cenário, cumpre pontuar que embora a assistência técnica por advogado seja essencial, tal fato não garante invariavelmente o preenchimento dos requisitos legais da voluntariedade ou da legalidade dos acordos penais e nem parece ser suficiente, por si só, para justificar a afirmação da culpa e a aplicação das penas. Não é por outro motivo que a doutrina afirma que *“os tribunais não podem deixar de analisar a efetividade da defesa técnica e eventuais nulidades nos acordos com o argumento de que, estando acompanhado por advogado/a, sempre a decisão é voluntária e informada”* (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 29).

É por este motivo que o art. 4º, §7º, da Lei 12.850/2013, prevê a necessidade de oitiva do colaborador por parte do juízo responsável pela homologação, para avaliar se não houve uma efetiva violação à voluntariedade do acordo, inclusive por pressão da própria defesa técnica do investigado, e que os §§7º-A e 16 do mesmo artigo exigem a produção de provas e elementos autônomos de corroboração para fins de aplicação das penas e dos efeitos penais condenatórios quando da prolação da sentença por parte da autoridade judicial.

Ressalte-se que o princípio da presunção de inocência (art. 5º LVII, da CF/88), que também se aplica em sede de acordos sobre a culpa ou de colaborações premiadas, tem exatamente essa função de atribuir ao sistema de justiça uma regra que elimine ou diminua os riscos de condenações de inocentes, razão pela qual deve ser aplicada a todas as espécies do processos penais.

Contudo, a absoluta desconsideração de tal princípio a partir da ampla valoração e aplicação de acordos antes de qualquer verificação sobre a higidez das provas apresentadas, ainda que de maneira mais sucinta ou abreviada, termina por inverter os objetivos do sistema de justiça consensual e por promover a completa aniquilação da garantia fundamental da presunção de inocência (BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comp.). **El procedimiento abreviado**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 77).

Destaque-se que as conclusões acima estabelecidas encontram respaldo não apenas nos argumentos acima apresentados. Há pesquisas empíricas que apontam que os mecanismos negociais não são aplicados

somente àqueles acusados que seriam condenados de qualquer forma, razão pela qual o “problema dos inocentes” não constitui uma circunstância contingencial, mas sim uma questão perene e central nas relações de poder que envolvem as negociações na justiça criminal (VASCONCELOS, Vinícius Gomes. **Barganha e justiça criminal negociada.** Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 170; ALSCHULER, Albert. **The changing plea bargaining debate.** California Law Review, n. 69, 1981, p. 715).

No Brasil há, por exemplo, a pesquisa empírica realizada por Vera Almeida no âmbito dos Juizados Especiais Criminais brasileiros, na qual a autora identificou elementos de seletividade e desigualdade na realização das transações penais, inclusive com o uso de pressões argumentativas exercida sobre os imputados e com o registro de práticas distorcidas em que os acordos são oferecidos mesmo quando inexistem provas, de modo a se inverter a ordem correta dos ritos para primeiro se oferecer a punição com algum grau de “benefício” e somente depois se buscar as provas da culpabilidade (ALMEIDA, Vera. **Transação penal e penas alternativas:** uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 102-151).

Deve-se frisar ainda as graves evidências fáticas e empíricas que envolvem especificamente as condições de celebração dos acordos de colaboração premiada questionados nos presentes autos, as quais somente foram objeto de pleno conhecimento por parte desta Corte após a decisão homologatória proferida pela eminente Ministra Cármem Lúcia, no ano de 2017, a partir de dados e informações obtidas no âmbito da operação *Spoofing*, em 2019, na qual foram evidenciados o uso abusivo e excessivo de prisões preventivas, bem como de pressões e constrangimentos de todo o tipo para a assunção de culpa e a celebração dos acordos, conforme será melhor explorado nos tópicos seguintes deste voto.

Esses dois exemplos práticos que podem ser extraídos de casos ocorridos no território nacional apontam para uma outra característica desta ampla e irrestrita confiança nos modelos de justiça negocial: sob a justificativa da concessão de benefícios penais ou processuais e de diminuição do tempo de julgamento em relação a casos específicos, pode-se chegar, por via transversa, a uma verdadeira expansão do controle penal com o aumento significativo dos riscos de abusos e erros judiciários (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal.**

São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 33-34).

Diante desse contexto, entende-se que a única forma de se promover o distensionamento entre os influxos da justiça negocial e dos acordos penais e de colaboração premiada em relação às garantias clássicas e fundamentais da legalidade penal, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da presunção de inocência e da individualização da pena, é por intermédio da adoção das seguintes diretrizes legais, normativas e jurisprudenciais (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 35-36; VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 2^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 57; PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20^a ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 844):

- 1) o **fortalecimento do direito de defesa** por intermédio da efetiva assistência por defensor técnico, do acesso integral aos autos das investigações e pela consolidação de mecanismos de investigação defensiva que possibilitem uma maior participação na produção dos elementos pré-processuais que assumem especial relevância para a celebração dos acordos;
- 2) a **limitação à discricionariedade** do órgão acusador nas negociações, que devem ser pautadas pela estrita observância a critérios objetivos previamente estabelecidos pela legislação e por atos normativos do próprio Ministério Público;
- 3) o **respeito à estrita legalidade** na definição das cláusulas pactuadas e do procedimento a ser seguido, de modo que somente devam ser admitidas as disposições e os ritos que possuam previsão legal e que estejam em conformidade com os princípios e as regras constitucionais e convencionais;
- 4) o **reforço do controle judicial efetivo** nas fases de homologação dos acordos e de verificação da sua base fático-probatória em um processo com publicidade, contraditório e com decisão judicial, em especial no que se refere à colaboração premiada, já que conforme ressaltado por Eugênio Pacelli, tal instrumento *“não dispensa a sentença condenatória, isto é, ela depende da apreciação de todos os fatos e provas”*, de modo que *“somente a procedência da acusação é que permitirá a aplicação da pena assim negociada”*.

Após a devida justificação do modelo ou das diretrizes de compatibilização das garantias fundamentais do processo com as novas

influências da justiça negocial, passa-se a apreciar, de forma mais específica, o regramento legal, constitucional e jurisprudencial das colaborações premiadas à luz da experiência brasileira.

3. DAS REGRAS E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

No que se refere especificamente às regras e princípios aplicáveis aos acordos de colaboração premiada, cumpre reiterar que o referido instituto é uma modalidade em que o colaborador fornece meios de obtenção de provas relativos a supostas atividades ilícitas praticadas no âmbito de uma organização criminosa (Orcrim) em troca de benefícios processuais e penais que são previstos pela Lei 12.850/2013.

De acordo com o regime previsto em lei, após o início das negociações e a assinatura do acordo, deve o negócio jurídico processual ser submetido à homologação judicial, a qual ocorrerá após a oitiva do colaborador para fins de avaliação da voluntariedade, da regularidade, da legalidade e da adequação dos benefícios e resultados previstos nos seus respectivos termos (art. 4º, §7º, da Lei 12.850/2013).

Com a homologação do acordo, segue-se com a fase de efetiva colaboração a partir do fornecimento dos dados e das informações que devem embasar as denúncias a serem oferecidas e a justificar a válida instauração dos processos. Na sequência, tem-se a etapa de produção de provas em contraditório, na qual poderão ou deverão ser colhidos novamente os depoimentos dos agentes colaboradores, seguindo-se até a última etapa de julgamento dos processos.

Ressalte-se que de acordo com a regulamentação legal, é absolutamente proibido o recebimento de denúncia ou de queixa-crime com base apenas nas declarações do colaborador premiado (art. 4º, §16º, da Lei 12.850/2013).

O mesmo dispositivo legal também proíbe a prolação de toda e qualquer sentença condenatória com base apenas nas declarações do colaborador (art. 4º, §16º, da Lei 12.850/2013), sendo tal orientação compatível com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que exige a apresentação de elementos externos de corroboração das declarações prestadas pelos colaboradores premiados tanto na fase de recebimento da denúncia como na etapa de julgamento de mérito:

Se os depoimentos do réu colaborador, sem outras

provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade. 8. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 9. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*. [...] Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação.

(Inq 3998, Red. p/ Acórdão Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 18.12.2017)

Portanto, o *iter* procedural legalmente previsto aponta para a celebração do acordo e a sua homologação pela autoridade judicial, a instauração dos processos com base nas denúncias oferecidas com base nas provas externas colhidas pela acusação, a observância à etapa de produção, complementação ou contradição das provas em juízo, bem como o julgamento dos crimes delatados, oportunidade na qual deverá ser (re)avaliada a validade e a eficácia do acordo, com a definição das penas proporcionais à culpa dos acusados e atribuição ou não dos benefícios pactuados entre as partes.

Ressalte-se que ao decidir a Questão de Ordem na Pet. 7.074, o Plenário desta Corte declarou a validade do procedimento acima estabelecido e reafirmou a imprescindível observância aos estritos limites da legalidade na homologação dos acordos, ou seja, com o afastamento de qualquer cláusula acordada entre as partes que não encontre expresso respaldo na lei, nos atos normativos ou na jurisprudência vigente.

Além disso, enfatizou-se no referido precedente a etapa de prolação da sentença ou do acórdão condenatório como o momento

adequado para a reavaliação da validade do acordo de colaboração premiada e de verificação de seu exato cumprimento, com a atribuição de seus efeitos no que se refere à imposição das sanções reduzidas e das demais cláusulas estabelecidas para o atendimento aos objetivos legalmente previstos, senão observe-se:

QUESTÃO DE ORDEM EM PETIÇÃO. COLABORAÇÃO PREMIADA. I. DECISÃO INICIAL DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL: LIMITES E ATRIBUIÇÃO. REGULARIDADE, LEGALIDADE E VOLUNTARIEDADE DO ACORDO. MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA. PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR. RISTF. PRECEDENTES. II. DECISÃO FINAL DE MÉRITO. AFERIÇÃO DOS TERMOS E DA EFICÁCIA DA COLABORAÇÃO. CONTROLE JURISDICIONAL DIFERIDO. COMPETÊNCIA COLEGIADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Nos moldes do decidido no HC 127.483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 3.2.2016, reafirma-se a atribuição ao Relator, como corolário dos poderes instrutórios que lhe são conferidos pelo Regimento Interno do STF, para ordenar a realização de meios de obtenção de prova (art. 21, I e II do RISTF), a fim de, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se restringe ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença, nos limites do art. 4^a, § 7º, da Lei n. 12.850/2013. 2. O juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia, conforme preceitua o art. 4º, § 11, da Lei n. 12.850/2013, dá-se por ocasião da prolação da sentença (e no Supremo Tribunal Federal, em decisão colegiada), não se impondo na fase homologatória tal exame previsto pela lei como controle jurisdicional diferido, sob pena de malferir a norma prevista no § 6º do art. 4º da referida Lei n. 12.850/2013, que veda a participação do juiz nas negociações, conferindo, assim, concretude ao princípio acusatório que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito. 3. Questão de ordem que se desdobra em três pontos para: (i) resguardar a competência do Tribunal Pleno para o julgamento de mérito sobre os termos e a eficácia da colaboração, (ii) reafirmar, dentre os poderes instrutórios do Relator (art. 21 do RISTF), a atribuição para homologar acordo de colaboração premiada; (iii) salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico, acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deve ser observado

mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo, nos termos do art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil, possível ao Plenário analisar sua legalidade.

(Pet 7074 QO, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 29.6.2017)

Nesse precedente, o Ministro Alexandre de Moraes assentou a existência de uma discricionariedade limitada no estabelecimento das cláusulas e condições do acordo de colaboração premiada, tendo reafirmado a observância ao princípio fundamental da legalidade estrita, ao aduzir que:

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 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'Etat de droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 12). (PET 7.074, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 29.6.2017, trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes, p. 515)

Ao seguir a mesma linha de raciocínio, destaquei a existência de uma discricionariedade mitigada e limitada pelas normas do Direito Público que delimitam o espaço negocial e os benefícios ofertados ao colaborador e denunciei a existência de excessos que invertiam a lógica legal e constitucional:

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 [...] o Ministério Publico 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. (PET 7.074, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 29.6.2017, trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 654)

A sólida jurisprudência desta Corte pela reafirmação e aplicação das garantias fundamentais do processo aos acordos de colaboração premiada foi reiterada em outros julgamentos.

Na ADPF 569 e nas PETs 5.886 e 6.890, de Relatoria dos eminentes Ministros Alexandre de Moraes, Teori Zavascki e Edson Fachin, respectivamente, o Tribunal decidiu pela aplicação dos princípios da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência e da individualização da pena (art. 5º, XXXIX, XLVI, “b”, LIV e LVII, da CF/88), para assentar que o objetivo legal dos acordos de colaboração premiada de promover a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas somente deve ser efetivado quando da prolação de sentença penal condenatória, de modo a ser estabelecido pelo juízo de forma específica e proporcional à culpa do acusado e ao proveito econômico obtido, com a aplicação do efeito penal da condenação previsto pelo art. 91, II, “b”, do Código Penal.

Com efeito, essa questão foi devidamente elucidada no seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes na ADPF 569, em que o eminentíssimo Ministro também faz menção aos outros precedentes acima transcritos, sendo importante pontuar que a *ratio decidendi* definida pelo Relator foi chancelada pela **unanimidade dos demais membros do Plenário deste Supremo Tribunal Federal**:

VOTO DO MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: [...] A lei de combate às organizações criminosas previu [...] entre outros requisitos para a celebração de acordo de colaboração premiada, a recuperação do produto e do proveito da prática delituosa levada a cabo pela organização criminosa sob investigação. A norma, contudo, não estabeleceu a destinação

dos recursos granjeados por meio de um *plea bargain* porventura firmado.

[...]

Diante da lacuna normativa no microssistema penal premial, essa SUPREMA CORTE terminou por colmatá-la através da aplicação analógica das vinculações contidas no art. 91, II, “b”, do CP, que, como visto, destinou o produto e o proveito do crime ao lesado, ao terceiro de boa-fé e, subsidiariamente, à União.

“4. Embora a Lei 12.850/2013 estabeleça, como um dos resultados necessários da colaboração premiada, “a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa” (art. 4º, IV), o diploma normativo deixou de prever a destinação específica desses ativos. A lacuna pode ser preenchida pela aplicação, por analogia, dos dispositivos que tratam da destinação do produto do crime cuja perda foi decretada em decorrência de sentença penal condenatória”. (PET 5.886, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, decisão monocrática, DJe de 4/11/2016)

“2. A questão controversa gravita em torno do destinatário do perdimento e da multa previstos nos acordos de colaboração premiada.

(...)

No tocante ao perdimento dos valores, há previsão legal específica quanto ao seu destinatário, aplicando-se, sem necessidade de maiores esforços argumentativos, o art. 91, II, do Código Penal, que determina ‘*a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: [...] b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso*’.

Na realidade, como pondera a União na sua derradeira manifestação, a destinação não se dá a partir da primeira parte da regra - ‘*perda em favor da União*’ -, mas em decorrência da ressalva - ‘*ressalvado o direito do lesado*’-, porque, aqui, é considerada, ela mesma, vítima dos delitos. Desse modo, não se aplica o disposto no art. 2º, IV,

da LC 79/94, que destina ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), os '*recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal*'.

O mesmo destino devem ter as multas aplicadas, embora não se tratem precisamente de produto ou proveito da infração.

Com efeito, não há na lei ou no acordo definição quanto à natureza dessa multa, que parece ter, de fato, característica sancionatória mista. **Porém, essa natureza não autoriza a eleição de um critério discricionário, ainda que louvável, quanto ao seu destinatário.**

Nessa direção, na ausência de previsão legal ou negocial específica, cabe ao julgador valer-se da analogia (art. 4º do Decreto-lei 4.657/42) para a solução da questão.

Justamente por isso, em outras oportunidades (PET's 6.280, 6.466, 6.352, 6.454, 6.498, 6.512, 6.504, 6.491, 6.454, 6.526), adotei o entendimento do saudoso Min. Teori Zavascki na decisão da PET 5.886, segundo o qual deve-se, por analogia, aplicar o art. 91, II, "b", do Código Penal, que estabelece '*a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boafé: [...] b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso*'.

Trata-se, como dito, de uma analogia, pois o dispositivo refere-se à destinação do produto do crime. Tanto que há priorização, por meio da ressalva expressa, do direito da vítima, beneficiando-se a União (exceto, como no caso, ela mesma a vítima), apenas após satisfeito o direito do lesado. A analogia, ao destinar a multa à vítima, justifica-se, conforme consta na decisão da PET 5.886, porque, nos casos referentes aos crimes delatados, o dano, ainda que não precisamente quantificado, seria presumidamente muito maior do que o valor da multa aplicada, servindo esta, portanto, de alguma maneira, também a sua compensação, tal como previsto no art. 91, II, 'b', da Lei Penal.

Assim, o valor deve ser destinado ao ente público lesado, ou seja, à vítima, aqui compreendida não necessariamente como aquela que sofreu diretamente o dano patrimonial, mas aquela cujo bem jurídico tutelado foi lesado, no caso, a Administração Pública e os

princípios que informam o seu regime jurídico, em especial, o da moralidade (CF, art. 37, caput, c/c §4º).

Em conclusão, também a multa deve ser destinada à União, cabendo a ela, e não ao Poder Judiciário, inclusive por regras rigorosas de classificação orçamentária, definir, no âmbito de sua competência, como utilizará essa receita". (PET 6.890, Rel. Min. EDSON FACHIN, decisão monocrática, DJe de 7/3/2019).

(ADPF 569, Tribunal Pleno, j. 20.5.2024, trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes, p. 38-41)

O voto proferido pelo Min. Alexandre de Moraes na ADPF 569 é igualmente relevante na medida em que estabelece a **impossibilidade de se promover a perda ou destinação dos bens, valores ou recursos objeto do acordo de colaboração premiada por intermédio de um puro e simples acordo discricionário, negocial ou dispositivo no estilo *plea bargaining***, razão pela qual é possível concluir pela aplicação do regime penal estabelecido pelo art. 5º, XLVI, "b", da CF/88 ("a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...] a perda de bens"), pelo art. 91, II, "b", do Código Penal ("São efeitos da condenação: [...] a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé [...] do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito") e pelo art. 7º, I, da Lei 9.613/98 ("São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal [...] a perda, em favor da União – e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé"), o qual deve observar integralmente o procedimento legal e constitucionalmente estabelecido para a sua aplicação.

Em outros julgamentos recentes proferidos pela Segunda Turma, o órgão fracionário corroborou as diretrizes gerais do Plenário sobre as etapas de celebração, validação e execução das cláusulas dos acordos de colaboração premiada, de modo a abranger tanto a execução das penas privativas de liberdade como as sanções pecuniárias e de perdimento de bens.

Transcrevo, para fins de clareza e transparência em relação às conclusões acima descritas, as ementas dos mais recentes acórdãos

proferidos pela Segunda Turma:

Direito processual penal. Agravo regimental no habeas corpus. **execução imediata de pena privativa de liberdade fixada em acordo de colaboração premiada. Necessidade de sentença penal condenatória transitada em julgado. Julgamento conjunto das ADCs 43/DF, 44/DF e 54/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Dje, 11.11.2020).** Desprovimento do agravo. **I. Caso em exame** 1. Agravo regimental contra decisão que concedeu a ordem de habeas corpus para obstar o cumprimento de pena privativa de liberdade fixada em acordo de colaboração premiada firmado entre o MPF e o paciente, até que eventualmente sobrevenha, em desfavor deste, sentença penal condenatória transitada em julgado. **II. Questão em discussão** 2. A questão em discussão consiste em saber se há necessidade de prévia sentença penal condenatória transitada em julgado para executar pena privativa de liberdade pactuada em acordo de colaboração premiada. **III. Razões de decidir** 3. A colaboração premiada é modalidade de justiça negocial em que o colaborador, em troca de benefícios processuais e penais, fornece meios de obtenção de provas (dados e informações) quanto ao funcionamento e as atividades ilícitas da organização criminosa da qual faz parte, trocados por meio de barganha regrada por norma. 4. A homologação judicial dos termos da proposta do acordo de colaboração premiada constitui requisito de validade à análise subsequente pela autoridade judiciária, quando da sentença penal condenatória, do desempenho do colaborador em face dos termos da proposta homologada (Lei 12.850/2013, art. 4º, §§ 7º e 11), estando a eficácia (cumprimento ou execução) do negócio jurídico subordinada ao trânsito em julgado da sentença condenatória. **5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o cumprimento da pena privativa de liberdade subordina-se ao trânsito em julgado de sentença condenatória (ADCs 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Dje 11.11.2020).** 6. O acordo de colaboração premiada não constitui, por si só, título executivo hábil para a imposição de pena privativa de liberdade, cujo cumprimento somente é legítimo depois do juízo definitivo de culpabilidade, formalizado em título judicial condenatório transitado em julgado (Constituição, art. 5º, LVII). **IV. Dispositivo** 7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(HC 240971 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28.10.2024)

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. SUSPENSÃO DE CLÁUSULA DE MULTA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVIMENTO. **I. Caso em exame** 1. Trata-se de agravo regimental interposto por Delcidio do Amaral Gomes contra decisão que indeferiu pedido de suspensão da exigibilidade de multa prevista no acordo de colaboração premiada. O recorrente sustentou que a ausência de sentença condenatória transitada em julgado impede a execução de multa indenizatória prevista no acordo. **II. Questão em discussão** 2. A questão controvertida consiste em definir se a multa prevista em acordo de colaboração premiada é exigível antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. **III. Razões de decidir** 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus nº 127483, Min. Dias Toffoli, consolidou o entendimento de que a: “[...] colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração”. Em face do ambiente negocial, incidem as coordenadas de Direito Civil relacionadas aos negócios jurídicos, embora ajustadas ao interesse público típico do objeto do Processo Penal, especialmente a boa-fé objetiva. 4. Ao mesmo tempo em que o controle dos atos negociais orienta-se pelo suporte civilista, a partir da boa-fé objetiva, as normas processuais penais estabelecem a autoridade competente, o objeto e a forma da homologação, com a expressa ressalva da possibilidade de exclusão, ressalva e/ou ajuste por parte da autoridade judiciária competente para o ato judicial de homologação da “proposta”. **5. Os legitimados (ativo e passivo) devem observar as normas procedimentais (Lei 12.850/2013; CPP; art. 381; CP, art. 91 e 91-A) e os limites e restrições estabelecidas na legislação específica de modo cogente. Do contrário, prevaleceria a livre disposição do legitimado ativo (Ministério Público ou**

Delegado de Polícia) quanto ao objeto negociado, situação incompatível com o previsto no art. 4º da Lei 12.850/2013 e os limites democráticos quanto à disponibilidade da ação penal pelo Ministério Público que, diferentemente do modelo do plea bargaining, encontra balizas normativas definidas e obrigatórias, sob pena de nulidade. 6. A proposta homologada, nos termos do art. 121 do Código Civil, “subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”, ou seja, à prolação de futura sentença penal condenatória, ocasião em que a autoridade judicial sentenciante verificará o grau do desempenho obtido pelo colaborador em relação à proposta homologada, com a aplicação parcial ou total do benefícios anteriormente acordados, conforme previsto no art. 4º da Lei 12.850/2013. A estrutura dúplice de controle judicial na homologação e na sentença, com a suspensão da execução de multas ou outras cláusulas cujo conteúdo remete aos efeitos de condenação criminal, reflete a dimensão interseccional da colaboração premiada como negócio jurídico sobre o qual incidem as limitações da legislação penal e processual penal. 7. Se o perdimento dos bens ou a indenização da vítima é efeito da sentença condenatória transitada em julgado, então, a eficácia do comando judicial demanda o preenchimento de dois requisitos: (i) sentença penal condenatória contra o colaborador premiado, com a especificação dos bens e direitos submetidos à perda em favor da União ou das vítimas, a partir do desempenho obtido conforme os termos da Colaboração Premiada anteriormente homologada; e (ii) trânsito em julgado (Pet 6474 AgR, Segunda Turma, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe de 10.10.2023). 8. Se é correto afirmar que o particular deve honrar os encargos probatórios assumidos no acordo, não é menos verdade que o Ministério Público deve assegurar que os fatos delituosos narrados sejam devidamente aquilatados e conduzidos ao desfecho condenatório, sob pena de flagrante inversão procedural incompatível com o Estado Democrático de Direito. A persecução penal não se exaure na celebração do acordo de colaboração premiada. A antecipação dos efeitos de sentença penal condenatória mediante ato negocial que traduz meio de obtenção de prova escancara as deficiências do aparato estatal persecutório. A opção pela supressão do processo, com todas as suas garantias e consectários, não encontra guarida na

legislação conformadora do instituto da colaboração premiada, muito menos na Constituição Federal. 9. Até o trânsito em julgado, o Ministério Público dispõe de medidas assecuratórias, isto é, cautelares probatórias (Sequestro, Arresto, Hipoteca Legal, Apreensão de bens ou Bloqueio de numerário; CPP, arts. 124-144) aptas à garantia do resultado útil da decisão condenatória, inclusive com a possibilidade de alienação antecipada de bens imóveis ou móveis (CPP, art. 144-A). É dizer, existem instrumentos disponíveis à garantia do resultado útil da futura sentença penal condenatória, sem a imposição do inválido “perdimento antecipado de bens ou direitos”. IV. Dispositivo 10. Recurso provido para suspender a exigibilidade da multa compensatória prevista no acordo de colaboração até o trânsito em julgado de sentença condenatória.

(Pet 5952 AgR, Red. p/ o acórdão, Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 2.9.2024)

JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL. COLABORAÇÃO PREMIADA HOMOLOGADA. EFICÁCIA DA CLÁUSULA DE PERDIMENTO DE BENS E VALORES SUBORDINADA AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. LIMITES À DISPOSIÇÃO CONTRATUAL NO AMBIENTE DA COLABORAÇÃO PREMIADA. EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENAÇÃO QUE EXIGE O TRÂNSITO EM JULGADO, OPORTUNIDADE EM QUE O DESEMPENHO DO COLABORADOR EM RELAÇÃO AOS TERMOS ACORDADOS SERÁ ANALISADO, COM A DETERMINAÇÃO DA EXTENSÃO DAS OBRIGAÇÕES [ESTADO E COLABORADOR]. INEFICÁCIA DA CLÁUSULA QUE IMPÕE A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS PENAIS SUBORDINADOS À DEFINIÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO COLABORADOR QUANDO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DEVIDO PROCESSO PENAL NEGOCIAL. AGRAVO PROVIDO. No ambiente da Colaboração Premiada, embora incida a lógica civilista própria dos “negócios jurídicos”, deve-se calibrar a interpretação prevalecente em face do interesse público subjacente, tendo em vista os limites quanto à disponibilidade do objeto da ação penal [culpa e punição], dentro dos limites das balizas normativas [Lei 12815/13, art. 3º, § 7º-A e art. 4º], com a criação de salvaguardas aptas à garantia das condições formais e materiais quanto à manifestação válida da autonomia privada,

da boa-fé objetiva e da Justiça/Equilíbrio contratual, isto é, da construção de indicadores de suporte ao Devido Processo Penal Negocial. Ao mesmo tempo que o controle dos atos negociais orienta-se pelo suporte civilista, a partir da boa-fé objetiva, as normas processuais penais estabelecem a autoridade competente, o objeto e a forma da homologação, com a expressa ressalva da possibilidade de exclusão, ressalva e/ou ajuste por parte da autoridade judiciária competente para o ato judicial de homologação da “proposta”. Daí que há necessário diálogo de fontes [penais, processuais, civis, administrativas etc.] na interseção do objeto e da execução/cumprimento da “proposta do acordo de Colaboração Premiada” que, por ser condicional, subordina-se ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. **Os legitimados [ativo e passivo] devem observar as normas procedimentais [Lei 12850/13; CPP; art. 381; CP, art. 91 e 91-A] e os limites e restrições estabelecidos na legislação específica de modo cogente.** Do contrário, prevaleceria a livre disposição do legitimado ativo [Ministério Público ou Delegado de Polícia] quanto ao objeto negociado, situação incompatível com o previsto no art. 4º da Lei 12850/13 e os limites democráticos quanto à disponibilidade da ação penal pelo Ministério Público que, diferentemente do modelo do *plea bargaining*, encontra balizas normativas definidas e obrigatórias. O resultado do procedimento de negociação materializa-se por meio de acordo escrito [com anexos ordenados pela defesa], seguido de decisão judicial homologatória da “proposta” pela autoridade judiciária, momento em que exerce o controle de conformidade [material e formal] quanto aos “termos do acordo” que, a teor do art. 121 do Código Civil, “subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”, ou seja, à prolação de futura sentença penal condenatória, ocasião em que a autoridade judicial sentenciante verificará o desempenho obtido pelo colaborador em relação à proposta homologada, com a aplicação parcial ou total do benefícios anteriormente acordados, nos termos do art. 4º da Lei 12850/13. **A eficácia da proposta de Colaboração Premiada homologada pela autoridade judiciária subordina-se à eficácia da sentença penal condenatória, incluindo os efeitos da decisão penal contra o colaborador, porque não há previsão legal para que os efeitos subsequentes ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória possam ser objeto de disposição antecipada quando da homologação da “proposta”**

da Colaboração Premiada. O produto da barganha antes da sentença condenatória, negociada entre o agente estatal e o colaborador, sob necessária orientação técnica de defensor, sem a participação do juiz nas rodadas de negociação, limita-se materialmente ao objeto negociável, com a nulidade das cláusulas que extrapolam a função preliminar da “proposta”, dentre elas as que antecipam o cumprimento de sanções subordinadas ao trânsito em julgado da sentença condenatória, a teor do art. 4º, § 7º, da Lei 12850/13.

(Pet 6474 AgR, Red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 3.7.2023)

Com base nesse contexto, entendo ser possível reafirmar as seguintes premissas que são importantes para o julgamento dos recursos em análise:

- i) a celebração, a validação e a execução dos acordos de colaboração premiada devem observar os limites estabelecidos em lei, em especial as disposições do art. 4º, §7º-A e §16, da Lei 12.850/2013, dos arts. 91 e 91-A, e do art. 7º, I, da Lei 9.613/98, no que se refere à aplicação das penas privativas de liberdade e de perdimento de bens, de modo que inexiste discricionariedade no estabelecimento de cláusulas que imponham penas ou indenizações distintas ou em momentos não admitidos pela legislação, ao contrário do que ocorre no modelo do *plea bargaining* puro, que não foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro;
- ii) a colaboração premiada possui a finalidade de obtenção de provas e de comprovação de fatos que não se compatibiliza com a mera supressão do processo ou com a antecipação das penas;
- iii) a persecução penal não se exaure com a confissão apresentada para fins de celebração de acordo de colaboração premiada e nem elimina as exigências de válida instauração do processo, de atribuição do ônus da prova à acusação e de condenação transitada em julgado para fins aplicação das penas acordadas, sob pena de violação às garantias fundamentais do devido processo legal, da presunção de inocência e da individualização da pena previstas pelo art. 5º, LIV, LVII e XLVI, da CF/88, que também se aplicam no âmbito da justiça negocial, bem como do regramento estabelecido pela Lei 12.850/2013, em especial do seu art. 4º, §§7º-A e 16, e de violação

às decisões proferidas pelo Plenário do STF nas ADCs 43, 44 e 45;

iv) o perdimento de bens ou a indenização da vítima é pena e efeito da sentença condenatória transitada em julgado, razão pela qual não se admite a aplicação das cláusulas do acordo de colaboração premiada que estabeleçam tais sanções antes da condenação definitiva, em observância às garantias legais e constitucionais descritas no item anterior (art. 5º, LIV, LVII e XLVI, da CF/88 e art. 4º, §7º-A, da Lei 12.850/2013);

v) as limitações constitucionais e legais estabelecidas aos acordos de colaboração premiada impedem que sejam atribuídos a tais negócios jurídicos a força, a natureza ou a condição de título executivo penal condenatório;

vi) até que sobrevenha eventual condenação, o Ministério Público e os órgãos de persecução podem requerer a decretação de medidas cautelares assecuratórias (sequestro, arresto, hipoteca legal, apreensão de bens, bloqueio de numerários, inclusive a alienação antecipada de bens - arts. 125 a 144-A do CPP) que sejam capazes de garantir o eventual resultado útil das sanções pecuniárias e patrimoniais acordadas entre as partes, desde que observados os requisitos legais e que tais pedidos sejam lastreados em elementos externos de corroboração, haja vista a proibição prevista pelo art. 4º, §16º, I, da Lei 12.850/2013.

Encerro o presente tópico chamando atenção ao item “vi” das conclusões acima expostas, no ponto em que admite a decretação das medidas cautelares assecuratórias para a garantia do resultado útil de eventual pena de multa ou de perdimento de bens que tenha sido pactuada em sede de colaboração premiada e que seja confirmada quando da prolação da sentença condenatória.

Entendo que esta ênfase é imprescindível, inclusive em virtude da repercussão midiática que este caso pode ganhar.

Nessa toada, é importante que se diga que a observância às limitações previstas na Lei nº 12.850/2013 e às garantias constitucionais fundamentais anteriormente expostas não significa a simples exoneração das obrigações pactuadas entre o Ministério Público Federal e os colaboradores da Odebrecht, e nem que esta Corte está determinando a imediata devolução dos valores apreendidos no âmbito da operação Lava Jato a colaboradores e réus confessos.

O que se está a decidir e a sinalizar neste julgamento é que o

exercício do poder de punir requer a observância às formas estabelecidas na Lei e na Constituição para a aplicação das sanções, sob pena de se transformar o exercício monopolizado e civilizado da força no mais puro e simples arbítrio ou violência.

Admitir a automática e imediata antecipação de penas sem denúncia, sem processo, sem julgamento ou sem condenação transitada em julgado em casos de significativo impacto e gravidade à liberdade e ao patrimônio das pessoas acusadas, por mais popular que possa parecer aos olhos da opinião pública, é cruzar a última linha, a última fronteira que nos separa do Estado de Direito para o Estado Policial.

Por outro lado, admitir a decretação de medidas cautelares reais com base em riscos específicos de dilapidação ou ocultação do patrimônio afetados ao cumprimento de um acordo de colaboração premiada, a partir de uma análise individualizada das provas indicativas da probabilidade da prática dos delitos e do risco concreto para o resultado do julgamento de uma ação penal que se demonstre viável ou que já esteja em tramitação, inclusive com a possibilidade de reavaliação destas medidas durante o transcorrer do processo ou das investigações, parece ser a única medida civilizatória a ser admitida.

4. DOS CASOS ESPECIFICAMENTE SUBMETIDOS A JULGAMENTO

Após a apresentação de todas as questões constitucionais e legais relevantes ao julgamento dos recursos que foram destacadas nos itens anteriores, as quais entendo serem absolutamente necessárias e indispensáveis para o correto julgamento da matéria, passo a apreciar a questão especificamente discutida nos casos em análise.

Os recorrentes questionam, em resumo, a obrigação de perdimento antecipado de bens que consta da cláusula 4^a, item IV, dos acordos de colaboração premiada celebrados entre o Ministério Público Federal e os colaboradores da Odebrecht, nos seguintes termos:

Cláusula 4^a. Considerando os antecedentes e as condições pessoais do colaborador, a quantidade, a gravidade e o período dos ilícitos por ele praticados, os benefícios por ele auferido com tais práticas ilícitas, a repercussão social e econômica dos fatos, a utilidade da colaboração no esclarecimento dos fatos, no resarcimento dos danos, na expansão das investigações,

considerando, por fim, as provas de corroboração fornecidas pelo colaborador em decorrência desta avença, uma vez cumpridas integralmente as condições impostas neste acordo e desde que efetivamente sejam obtidos um ou mais dos resultados previstos (nos incisos I, II, III e IV do art. 4º sic) os resultados previstos nos incisos I, II, III e IV do art. 4º da Lei 12.850/2013, o MPF proporá, nos feitos já objeto de investigação e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos revelados por intermédio da presente colaboração, em substituição aos regimes de que trata o art. 34 e 35 do Código Penal e arts. 87 a 95 e 112 c.c art. 146-B, III e IV, da Lei de Execuções Penais, as seguintes condições, desde logo aceitas:

[...]

IV. o perdimento, na forma do art. 7º da Lei nº 9.613/98, ainda que tenham sido convertidos, total ou parcialmente, em outros bens móveis ou imóveis, de todos os valores recebidos pelo colaborador em quaisquer das seguintes situações, conforme descrito nos apensos deste Acordo:

- a) no exterior a partir do 'Setor de Operações Estruturadas' do Grupo Odebrecht;
- b) por intermédio de operações financeiras ilícitas;
- c) bens móveis e imóveis adquiridos integral ou parcialmente com os recursos referidos nos itens 'a' e 'b', devendo o perdimento ser liquidado por meio da transferência do bem adquirido ou mediante o depósito judicial do valor atualizado do equivalente, a critério do colaborador.

[...]

Parágrafo 4º. O colaborador renuncia aos valores e bens, móveis e imóveis, ciados no inciso IV, os quais encontram-se especificados nos apensos deste Acordo, mediante a assinatura em favor do MPF 'termo de renúncia', podendo o colaborador optar pela entrega dos bens móveis e imóveis ou pelo depósito judicial do valor atualizado do bem.

A referida cláusula foi homologada por decisão proferida pela então Presidente do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Cármel Lúcia, após a avaliação da voluntariedade, regularidade e legalidade do referido acordo, com exceção apenas da questão da execução antecipada das penas accordadas. No que se refere a este ponto específico, a decisão proferida pela Presidente desta Corte assentou o seguinte:

Conquanto o inciso II da cláusula 4^a faculte ao colaborador o imediato cumprimento do acordado, o art. 4º, caput e §§ 1º, 2º e 11, da Lei 12.850/2013 não deixa margem à dúvida no sentido de constituírem os benefícios acordados, ainda que homologados (HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015), direitos cuja fruição estará condicionada ao crivo do juiz sentenciante, no caso concreto à luz daqueles parâmetros. Portanto, o cumprimento antecipado do acordado, conquanto possa se mostrar mais conveniente ao colaborador, evidentemente não vincula o juiz sentenciante, nem obstará o exame judicial no devido tempo.

Com base na ressalva feita a esta cláusula pela decisão homologatória dos acordos e nos fundamentos jurídicos já delineados neste voto, defendem os recorrentes que não poderia ser exigido o imediato cumprimento da pena de perdimento de bens, tendo em vista a ausência de sentença condenatória transitada em julgado contra os recorrentes que tenha atestado a culpabilidade dos acordantes e aplicado, de forma específica e proporcional, as sanções patrimoniais estipuladas nas colaborações premiadas.

Por sua vez, o eminentíssimo Relator, Ministro Edson Fachin, determinou o cumprimento antecipado das penas de perdimento de bens, tendo em vista que de acordo com os fundamentos apresentados por Sua Excelência, não seria possível inferir, a partir da ressalva apostada de forma genérica na decisão homologatória do acordo proferida pela Ministra Cármem Lúcia, que a cláusula de perdimento, assim como a pena privativa de liberdade, estaria postergada até a sentença condenatória.

Além disso, entendeu o Ministro Fachin que a opção pela não execução antecipada da pena de perdimento de bens por parte dos colaboradores recorrentes configuraria uma evidente intenção de se promover a alteração das bases objetivas sobre as quais se formou o consenso que gerou o acordo de colaboração premiada, circunstância que somente poderia ser alcançada mediante termo aditivo ao contrato, do qual não se tem notícia.

Assenta ainda o Relator que os acordos de colaboração premiada foram firmados por sujeitos capazes e assistidos por advogados, cuja voluntariedade foi atestada por Juízes Auxiliares deste Supremo Tribunal Federal em audiência realizadas especificamente para tal fim, de modo que não seria possível reavaliar o cenário fático que deu origem a tal avença, sob pena de se malferir o equilíbrio da relação jurídico-negocial e

a ideia expressada pelo brocardo “*pacta sunt servanda*”.

Aduz ainda o Ministro Fachin que houve a confissão sobre a origem ilícita dos recursos disponibilizados a título de perdimento, sem qualquer ressalva ou vício de consentimento, razão pela qual a tentativa dos colaboradores de postergar o pagamento refugiria ao pactuado.

Com a devida vênia dos relevantes fundamentos elencados na decisão recorrida por parte do eminente Relator, entendo ser o caso de provimento dos recursos pelos argumentos que expus anteriormente e pelas razões complementares que apresento a seguir, as quais põem em dúvida a própria voluntariedade dos acordos celebrados, refutam a legalidade e a constitucionalidade das cláusulas pactuadas e rejeitam os efeitos atribuídos às confissões dos acusados.

Além disso, a concreta situação processual dos recorrentes em relação aos delitos descritos nos acordos também apontam para a impossibilidade ou para a absoluta desproporcionalidade do cumprimento antecipado das penas.

No que se refere aos questionamentos sobre a própria voluntariedade do acordo, cumpre registrar que não há qualquer tipo de mácula ou juízo de valor no que se refere à decisão de homologação proferida pela eminente Ministra Cármem Lúcia no início do ano de 2017, na condição de Presidente desta Corte e em substituição ao saudoso Ministro Teori, uma vez que a decisão homologatória foi proferida de forma técnica e absolutamente adequada aos fatos e ao contexto existente naquele momento.

Aliás, entendo ser inclusive salutar a ressalva estabelecida pela eminente Ministra na decisão de homologação, quando estabelece a impossibilidade de imposição forçada do cumprimento antecipado das sanções acordadas entre as partes, por representar a violação a um direito dos colaboradores, de forma semelhante ao que tenho defendido até o presente momento.

Além disso, registro que não se deve esquecer que o procedimento validado por esta Corte desde a PET 7.074 prevê expressamente a possibilidade de reavaliação dos requisitos dos acordos de colaboração premiada por parte do Plenário do STF, inclusive no que se refere à legalidade de seus termos e com a possibilidade de anulação dos negócios jurídicos nos casos de ilegalidade superveniente (PET 70.74 QO, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 29.6.2017)

Pois bem, no caso dos recursos em julgamento, entende-se que há elementos suficientes que permitem que se questione a voluntariedade

dos pactos e se aponte para os riscos que decorrem da determinação do imediato cumprimento de penas fundadas em negociações realizadas de forma tão obscura pelos representantes do Ministério Público em primeira instância, com a renovada ressalva de que não se está a questionar ou emitir qualquer juízo negativo sobre a atuação da Procuradoria-Geral da República ou deste Supremo Tribunal Federal.

O que se está a apontar em termos de vícios de voluntariedade são as evidências obtidas a partir da denominada operação *Spoofing*, a qual trouxe ao conhecimento desta Corte os graves vícios de consentimento que, a meu ver, são capazes de levar ao reconhecimento de ilegalidade nos acordos de colaboração premiada celebrados pelos recorrentes, tendo em vista a disseminação de táticas de *lawfare* que deverão ser, a devido tempo, apreciadas por esta Corte.

Nessa toada, destaco, dentre os vários elementos indicativos desses graves vícios de ilegalidade, o conluio existente entre membros do Ministério Público e o então juiz Sérgio Moro, o uso excessivo de prisões preventivas como instrumento de barganha para os acordos, a exigência da desistência dos pedidos de liberdade provisória formulados pelas defesas como requisitos para o prosseguimento das negociações, a divulgação de notícias nos meios de comunicação para pressionar os colaboradores a celebrarem os acordos, a eleição dos recorrentes como alvos da operação com base em objetivos políticos e a eleição de critérios aleatórios e arbitrários para a definição das penas privativas de liberdade, de multa e de perdimento de bens.

No que se refere, por exemplo, ao uso abusivo das prisões provisórias e à exigência da desistência dos pedidos de liberdade para prosseguimento das negociações, os diálogos mantidos entre os Procuradores da República no dia 13 de julho de 2016, portanto antes da decisão homologatória desta Corte, mas descobertos apenas recentemente, demonstra o descontentamento e a inadmissão por parte dos membros do MPF de quaisquer pedidos de revogações das prisões a partir da assinatura dos termos de confidencialidade que deram início às discussões sobre os termos dos negócios jurídicos:

13:06:28 Welter Prr Vamos ter que dar uma meia hora para a DR inicial
13:24:57 Sergio Bruno Mpdt Blz
13:47:02 Roberson MPF Kkkk É vero
13:58:36 Uma observação sobre a DR: tentaram a "esperteza hermenêutica" (o acordo de confidencialidade fala apenas em impugnações autônomas), mas capitularam rápido, bem rápido. Então minha sugestão é que não tripudiemos, porque eles claramente perderam essa. Sugiro salientarmos que, não obstante a lacuna do acordo (talvez caibam irônicas felicitações pela argúcia), o ambiente de tratativas exige boa-fé, e uma forma importante de mostrar boa-fé está em fazer interpretações unilaterais das possibilidades e dos limites do acordo de confidencialidade, sobretudo quando isso flertar com a postura adversarial. Eles entenderão o recado, acho. Mas fica a critério de vcs. Boa sorte amanhã!
14:07:04 Welter Prr Concordo. Hoje pela manhã falei novamente com o Adriano e pontuei que a postura deles nesse episódio, ao dar um passo atrás, poderia ser interpretada como boa-fé, de que a conduta deles possivelmente decorrente de uma má interpretação da cláusula. Mas que, na nossa interpretação, esse tipo de conduta realmente não é admitida. Apostaram e perderam. Acho que eles compreenderam. Não é, realmente, momento de tripudiar. Mas fica o recado de que estamos no mesmo barco, porém com o MPF no timão.
14:23:54 Isso aí. Acho que a regra que conduta que caberia lançarmos é a de que toda e qualquer proposta de exegese do acordo de confidencialidade tem de ser trazida à mesa. Porque foi o que eles fizeram: acharam uma brecha e tentaram aproveitar. Eu aproveito para pedir desculpas a vcs, porque sugeri a redação e deixei essa brecha.

Em outro diálogo mantido no grupo de conversas dos membros da extinta força tarefa da lava jato em 25 de maio de 2016, os Procuradores da República participantes debatem sobre a quantidade de pena que iriam impor ao então Presidente da Odebrecht e ironizam a pretensão da defesa dos colaboradores de obter a prisão domiciliar após a celebração dos negócios jurídicos:

16:35:22 Roberson MPF Segue como ficou a versão final
16:35:22 Roberson MPF [297945.odt](#)
18:34:12 Orlando SP Abriram as pernas para a Ode!!! Robinho fez terapia esta semana para chegar calminho na reunião.... Kkkk. Este será o acordo do ano. Boa!!!nos acordos individuais vamos propor 5 anos para o Marcelinho
18:39:00 Julio Noronha Vai ser difícil... Hj já disseram: "com a assinatura do acordo de confidencialidade hj, podemos pensar em colocar em prisão domiciliar aqueles que estão presos?"
18:39:08 Sergio Bruno Mpdt Qto ao local, não daria pra ser aqui em bsb?
18:40:42 Orlando SP E vcs concordaram?
18:40:55 Eu disse um sonoro não.
18:41:45 Roberson MPF Kkkkk viu só
18:42:05 Roberson MPF Foi um sonoro não aí, aqui em BSB
18:42:11 Roberson MPF Kkkk

Também havia a prática, por parte dos Procuradores da República envolvidos nos acordos, de se estabelecer sanções indiretas ou castigos coletivos nas situações de vazamento de notícias sobre as negociações. Nessas hipóteses, o combinado entre os membros do grupo é que houvesse a postergação das reuniões entre os participantes, circunstância que serviria para aumentar a pressão dos imputados, em especial daqueles que se encontravam presos e que dependiam do

acordo para a revisão de suas prisões:

31 May 16

07:58:00 <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2016/05/1776557-odebrecht-oficializa-negociacao-de-delacao-premiada-e-vai-detalhar-doacoes.shtml> Odebrecht oficializa negociação de delação premiada e vai detalhar doações A Odebrecht e o Ministério Pùblico Federal assinaram na quarta passada o documento que formaliza a negociação de delação premiada e de leniència da empreiteira no âmbito da Operação Lava Jato. As conversas já vinham ocorrendo há alguns meses, mas a partir de agora são oficiais. HIERARQUIA Integrantes do Ministério Pùblico pretendem, com a formalização, convocar até mesmo Emilio Odebrecht, ex-presidente da empresa e pai de Marcelo Odebrecht, que está preso, para dar informações. TUDO E TODOS A empreiteira se comprometeu oficialmente a detalhar o financiamento de todas as campanhas majoritárias de anos recentes com as quais colaborou –como as de Dilma Rousseff a presidente da República e Michel Temer vice e a de Aécio Neves a presidente, em 2014. Ou seja, nenhum dos grandes partidos (PT, PSDB e PMDB) deve ser poupado. LINHA PONTILHADA Apesar dos rumores insistentes de que Marcelo Odebrecht pode envolver diretamente Dilma, que teria pedido a ele recursos para a campanha de 2014 num encontro no Palácio da Alvorada, o tema não foi ainda abordado oficialmente com o Ministério Pùblico Federal. APERITIVO Os procuradores negociaram para ter acesso a toda a contabilidade de caixa dois da empresa, o que pode envolver centenas de políticos e até mesmo autoridades de outros poderes. Para se ter uma ideia do alcance dos dados que devem ser fornecidos, só numa das operações de busca e apreensão feitas na empreiteira foi encontrada uma lista com o nome de mais de 300 políticos. BATALHÃO O termo assinado pela Odebrecht e pelos procuradores não define o número exato dos executivos, mas o número pode chegar a 50.

08:07:21 Se estivermos certos de que não vazou no MPF, eu remarcaria a primeira reunião pelo menos uma semana para frente, como sanção.

08:15:54 Roberson MPF Pqp! Quem falou não poupou detalhes. E não consigo enxergar um ponto positivo nisso para o MPF

08:16:30 Sergio Bruno Mpdt A matéria é muito precisa e detalhada. Se seguirmos nessa toada não vamos conseguir trabalhar.

08:18:52 Laura Tessler Muita palhaçada desses caras da Ode!!

08:19:03 Roberson MPF Tá foda! Em algum momento se passou a acreditar que vazamento não é nada, ou pior, que é pré-requisito para colaboração

08:19:39 Roberson MPF Agora a que interessaria a ODE falar que seriam 50 executivos seus, ou que Emilio falaria?

08:19:53 Roberson MPF Só se pensaram em contrainfo

08:21:58 Laura Tessler Acredito que essa notícia teria como objetivo dizer que estão revelando tudo...que não poupariam nem "o pai"...malandragem!!!

31 May 16

11:26:01 Minha opinião: eles têm de ser "incentivados" a zelar pelo sigilo. Temos de tratar como crianças mesmo. Uma semana de postergação, com aviso de que cada vazamento redundará em postergações cada vez mais dilatadas.

11:27:27 A gente não culpa ninguém. Só diz que espera deles que "nos ajudem", com sua habilidade para navegar no mar de sargaço da comunicação social, a evitar isso.

11:27:39 Co-responsabilidade.

11:27:58 Welter Prr Tambem acho. So vamos fechar que o vazamento não foi nosso

11:38:15 Ok. Eu asseguro que não fui autor nem participe.

11:43:10 Welter Prr Eu também não. Mas não é isso. Na reunião na PGR eu discuti com o Adriano sobre vazamentos e ele jurou de pé junto que não era deles. Depois descobri quem foi (adianto que não foi do MPF). So temos que fechar o discurso para não desmoralizar depois.

4 Jun 16

17:38:39 Roberson MPF Esses caras tão de sacanagem! Assim, imagina o que eles vão vazar depois dessa reunião de segunda e terça... Voto para falarmos para eles já no inicio da reunião que se vazar qualquer coisa a partir de hoje, interromperemos a negociação até que seja esclarecido o vazamento, com instauração de procedimento de averiguação e tudo. Assim eles, querendo o acordo rapidamente, vão garantir o silêncio dos seus

Em outros diálogos captados durante a operação *Spoofing* em relação aos acordos questionados neste julgamento, os membros do MPF reconheciam a fragilidade dos depoimentos prestados e dos

elementos de corroboração, mas, mesmo assim, insistiam na manutenção dos negócios com o objeto de “lascar lula”, tal como se observa da conversa mantida em 29 de novembro de 2016, em que é mencionada a fragilidade dos fatos relatados por “EO”, possível referência a Emílio Odebrecht:

29 Nov 16

11:50:06 Carol PGR conclui agora a análise do EO, os termos está muito ruins, quem for participar das oitivas vai ter que tirar leite de pedra. Os sumários idem. Os dados de corroboração são basicamente agendas. Nelas há muita informação boa, mas precisamos de outros elementos que demonstrem os deslocamentos do colaborador, que comprovem que os assuntos tratados foram atendidos. Acredito que o acordo dele será decisivo para lascar lula, mas vamos precisar de mais alguns elementos de corroboração. Por isso, penso que vale a pena uma atenção especial.

É importante que se diga, até para que se possa contextualizar o argumento comumente utilizado que as penas acordadas entre as partes foram celebradas de forma livre e espontânea por partes capazes e devidamente assistida por advogados, que não havia espaço para a definição do conteúdo ou montante das cláusulas restritivas da liberdade ou dos bens dos acusados.

Essa é a conclusão que se extrai de diálogo extraído do grupo de conversas dos Procuradores do dia 4 de outubro de 2016, no qual os membros do MPF indicam que a definição das penas pecuniárias e restritivas de liberdade foram estabelecidas unilateralmente, mediante a entrega de “pacotes” a 51 colaboradores da Odebrecht, os quais geraram inclusive uma forte reação e sensação de desespero (“dizem que o pessoal está apavorado” e “tá todo mundo descabelado”) por parte de suas defesas.

A transcrição do trecho deste diálogo demonstra como se estavam celebrando contratos unilaterais de adesão e coerção da liberdade e dos bens dos colaboradores, senão observe-se:

04 Oct 16

16:44:07 Welter Prr Entregaram os pacotes?
18:05:34 Roberson MPF Yep!
18:05:49 Roberson MPF 51 pacotes e duas exclusões
18:07:37 Welter Prr Beleza pessoal!!
18:07:41 Welter Prr muito choro?
18:09:51 Roberson MPF Adriano já deu a sua chorada básica
18:11:00 Athayde Advs q estavam na reunião em CWB foram pra BSB
18:11:23 Athayde dizem o pessoal tá apavorado

[...]

20:38:54 Deltan Os advogados daqui falaram que foi um esparramo hoje aí
20:38:58 Deltan que tá todo mundo descabelando
20:39:14 Deltan Vcs estão causando rs
20:39:51 Deltan Já tiveram algum feedback oficial?
20:40:04 Julio Noronha Ainda não
20:40:17 Julio Noronha Primeiro amanhã 13h

Registre-se que alguns advogados que participavam das negociações pareciam aderir e apoiar expressamente, com pequenos ajustes e ressalvas, as cláusulas e imposições estabelecidas pelos membros da força tarefa. Nesse sentido, veja-se o que conta do diálogo mantido entre um dos causídicos e um membro do MPF em 5 de outubro de 2016, no qual o advogado se compromete a tentar convencer os demais colegas e colaboradores a aceitar os acordos e sugere ainda a oitiva de determinado executivo da Odebrecht considerado importante para o fechamento do negócio:

05 Out 16

09:20:59 Sergio Bruno Mpdtf Prezado Sergio, tudo bem? Do meu lado a situação está quente. As propostas caíram como uma bomba. Até um certo ponto é normal. Num processo dessa dimensão, o processo psicológico é distinto. E nós da mesa, muito pressionados. A expectativa é de uma empresa à beira do precipício com 80 de seus maiores executivos cumprindo pena. Fiquei até a madrugada tentando começar a colocar um pouco de racionalidade no processo. Mas precisaremos do bom senso de vcs. Esse processo nunca correu tanto risco. Ontem os vazamentos ocorreram durante todo o dia. Os inimigos do acordo estão a todo vapor. Precisamos conversar. Sugiro uma pequena mudança de cronograma. Antes de apresentar contraproposta do Marcelo e Emilio, seria importante que fizéssemos aquela reunião da equipe de negociação, que poderia ser até antecipada para às 14, 14:30, se acharem conveniente. Nessa reunião eu levaria Newton de Souza, pessoa chave para fazer esse processo andar. Vai no ajudar muito, acredite. Após a reunião, vocês receberiam as contrapropostas de Marcelo e Emilio e haveria as duas reuniões marcadas para as 16 e as 17:30, pessoalmente, estou à disposição a qualquer momento para uma conversa, se achar útil para o processo. O plano agora é conversar com os diversos advogados para tentar organizar contrapropostas. Abraço Theo

Os trechos da referida conversa reforçam a linha de raciocínio já estabelecida neste voto, sobre os cuidados e as cautelas que se deve ter ao considerar que a assistência por advogado seria prova irrefutável da voluntariedade e da legalidade das cláusulas pactuadas nos acordos de colaboração premiada e da inexistência de coerção ou cerceamento de defesa.

Apenas para finalizar este tópico, transcrevo diálogos ocorridos nos dias 20 de novembro de 2016 e 1º de dezembro de 2016, nos quais é possível observar a aleatoriedade com que as penas corporais e patrimoniais foram fixadas, em que contas grosseiras eram feitas para se atingir determinados objetivos e patamares estabelecido para fins de propaganda política. Além disso, em uma dessas conversas há a confissão do objetivo político do grupo de “refundar o Brasil”:

16:13:46 Manda uma foto!
16:13:56 Do Emílio assinando
16:14:04 "Plis "
16:21:48 Sergio Bruno Mpdf Assinou ganhou:
16:21:55 Sergio Bruno Mpdf 
16:22:07 Athayde 
16:23:50 Julio Noronha O Castor irá pegar amanhã a assinatura daqueles que estão presos: MO, Luiz e Olívio
16:27:31 Arruma um bonezinho! "Eu apoio a LJ"
16:39:34 Afinal? Já foi?
16:40:23 Carol PGR está sendo
16:41:42 Sergio Bruno Mpdf Angela foi a primeira
16:41:47 Sergio Bruno Mpdf É tetra
16:54:37 Carol PGR na pasta do Ricardo Ferraz não tem nada
17:15:09 
17:15:17 Cadê o Emilio? Kkkk
17:22:54 Sergio Bruno Mpdf Um Sub entrou no recinto pra socializar...
17:24:17 Sergio Bruno Mpdf Done!!!!!!
17:24:56 Meu Deus
17:28:21 Carol PGR Mário Bonsaglia. Auditório lotado de adv. Ele me perguntou do que se tratava e eu disse que era uma reunião de trabalho. SB gritou lá detrás que era um confraternização de natal com a OAB.r
17:28:56 Kkkkk coitado. Ia pedir voto.
17:38:19 Roberson MPF Kkkkkkkkk
17:38:57 Carol PGR Robinhooooooo
17:39:15 Roberson MPF Booooooua moçada! Dia histórico! Se conseguirmos (leia-se: se nos deixarem) trabalhar bem com esse acordo vamos refundar esse Brasil!
17:39:36 Roberson MPF Diga Carol
17:39:39 Carol PGR Saudades, garoto! Vem simbora, aqui tá bem mais animado do que na África.. capaz do país já ter acabado até vc voltar
17:39:52 Carol PGR Rs
17:40:07 
17:40:23 Roberson MPF Kkkkkkk
17:40:35 Roberson MPF Boua!!
17:41:02 Roberson MPF Nem diga. Tô com saudades de vcs tb. Hoje mergulhei com tubarões aqui, mas os maiores estão aí com certeza
17:41:37 Carol PGR Jkkk

20 Nov 16

15:25:31 Julio Noronha Pessoal, segue consolidação das propostas fechadas (pendente, apenas, a confirmação de valores de multa e perdimento de poucos colaboradores). Considerações: a) 77 Colaboradores; b) Penas somadas: 353 anos c) Regime inicial de cumprimento: 7 Colaboradores com regime fechado prisional; 39 com regime fechado domiciliar; 30 com regime semiaberto diferenciado; 1 com regime aberto diferenciado; d) Multa e perdimento: R\$ 1,1 Bi (R\$ 512 MM multa + US\$ 168 MM perdimento); Falta fechar exatamente o valor de multa e perdimento. O mais relevante, é EO. Na planilha, consta US\$ 50 MM de perdimento (multa já aceitou nos R\$ 68 MM). O limite para ficarmos no total acima de R\$ 1 Bi, é perdimento para ele em US\$ 21 MM (bem provável, diante do que ele apresentou até agora). Na segunda aba da planilha, há a organização por gravidade de PPL, o que facilitará o nosso preenchimento das minutas finais amanhã.

1 Dec 16

21:52:43 Paulo Para fins de publicidade, podemos falar em 7 bi
21:53:55 Isso vai na minha conta quando?
21:57:22 Julio Noronha Somando com o 1bi pessoa física, pode colocar 8bi

Pelo que se observa da breve transcrição dos milhares de diálogos obtidos no âmbito da operação *Spoofing*, há graves e comprometedores indícios de coerções indevidas e de vícios de voluntariedade em todas as cláusulas dos acordos de colaboração premiada objeto destes recursos.

Contudo, entendo que o objeto das irresignações recursais não chega efetivamente a questionar todo o acordo e que tal questão deverá ser objeto de apreciação por parte desta Suprema Corte em momento oportuno, razão pela restrinjo a minha análise à legalidade e à

voluntariedade da cláusula quarta, no ponto em que estabelece a execução antecipada da perda de bens.

No que se refere especificamente à referida cláusula, entendo ter sido demonstrado, em primeiro lugar, a própria violação à legalidade que decorre da pactuação do cumprimento antecipado da pena de perdimento de bens, tendo em vista a inexistência de respaldo legal ou constitucional para a imposição de tal obrigação de forma imediata e a inexistência de um modelo de ampla discricionariedade no Brasil, no estilo do *plea bargaining* norte-americano, tal como ressaltado pelo STF quando do julgamento da ADPF 569.

Nesses termos, esse primeiro fundamento demonstra, desde já, a impossibilidade do estabelecimento da obrigação da apresentação de um “termo de renúncia” de bens imposto pelo MPF para fins de viabilização da execução antecipada das penas.

As amarras estabelecidas pelo princípio da legalidade também afastam, a meu ver, o fundamento estabelecido na decisão recorrida, no ponto em que pretende fazer prevalecer aquilo que foi acordado em detrimento do que se encontra legislado, com a invocação às bases objetivas do negócio jurídico e à inexistência de termo aditivo.

Não é demais repisar que os acordos de colaboração premiada são negócios jurídicos limitados por cláusulas constitucionais e legais e que não se pode aplicar uma lógica excessivamente civilista da liberdade contratual para partes que negociam em uma evidente posição de desigualdade, em que só uma delas pode perder os seus bens e a sua liberdade e nas quais as circunstâncias do caso concreto apontam para a existência de um verdadeiro contrato coercitivo de adesão no que se refere às gravíssimas restrições impostas aos direitos fundamentais acima elencados.

Em segundo lugar, entendo que a cláusula que estabelece a execução imediata das sanções de perda de bens também viola os limites estabelecidos pelos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da individualização da pena (art. 5º, XLVI, LIV e LVII, da CF/88), bem como as disposições da Lei 12.850/2013, as quais exigem a instauração de um processo, a produção de provas externas e autônomas de corroboração e a condenação definitiva dos colaboradores, com a avaliação da validade, da eficácia e da aplicação dos benefícios pactuados nos acordos em sede de sentença, nos termos da norma prevista pelo art. 4º, §7-A, da Lei 12.850/2014, antes que se possa exigir o efetivo cumprimento das sanções pactuadas.

Ressalte-se que a celebração dos acordos não deve acarretar na supressão do processo, não exclui o dever de instauração da fase judicial da persecução penal e nem elimina o ônus da prova que é constitucionalmente atribuído à acusação. Por tal motivo, a simples confissão prestada no momento pré-processual de celebração do acordo, nas circunstâncias nebulosas acima explicitadas, sem a corroboração das cláusulas de assunção da culpa com base em elementos externos e autônomos de corroboração e sem a prolação de sentença condenatória que aplique os benefícios acordados entre as partes, impossibilita ou inviabiliza por completo o imediato cumprimento do negócio jurídico em relação à sanção de perdimento de bens.

Anote-se que a jurisprudência do STF refuta a pretendida atribuição da condição de título executivo penal condenatório aos acordos de colaboração premiada, sob pena inclusive de inversão da lógica legal e constitucional anteriormente estabelecida.

Registre-se ainda que as sérias dúvidas trazidas sobre a voluntariedade dos pactos celebrados pelos recorrentes recomendam cautelas adicionais que militam em desfavor da imediata execução das penas.

Em acréscimo aos fundamentos acima expostos, entendo que a decisão de homologação proferida pela eminente Ministra Cármem Lúcia ressalvou expressamente a possibilidade de os colaboradores aguardarem o cumprimento das penas acordadas apenas após a prolação de sentença condenatória transitada em julgado, de forma semelhante ao que vem sendo defendido até o presente momento. Desta feita, entendo que deve ser mantida a orientação estabelecida pela eminente Ministra Cármem Lúcia quando da prolação da decisão homologatória do acordo.

Por último, entendo que alguns breves detalhes das situações jurídico-processuais dos recorrentes também apontam para a impossibilidade do imediato cumprimento das penas. De fato, deve-se reiterar que nenhum deles possui condenação criminal transitada em julgada em relação aos supostos crimes confessados.

Além disso, o recorrente da PET 6455, A.L.C.R, possuía uma única investigação instaurada contra si que foi arquivada com base na extraterritorialidade dos delitos e da ausência de qualquer ato ou delito praticado em território nacional.

O colaborador/recorrente da PET 6471 se encontra em situação semelhante, já que não foi processado e nem condenado por nenhum dos fatos delatados. No que se refere ao colaborador da PET 6491, uma

das denúncias oferecidas contra ele já foi rejeitada, uma segunda foi recebida e o terceiro fato se encontra em discussão em sede de recurso em sentido estrito.

Já os demais, conforme anteriormente mencionado, não possuem qualquer condenação, razão pela qual conclui-se que a execução antecipada das penas representaria uma indevida violação às garantias fundamentais estabelecidas neste voto.

Para concluir, entendo ser importante reiterar que não se está a adotar um posicionamento contra a colaboração premiada, contra a investigação e a punição efetiva e em prazo razoável de crimes cometidos por organizações criminosas ou contra o ressarcimento de prejuízos causados ao Estado brasileiro.

Em verdade, a aplicação das garantias fundamentais do processo aos acordos de colaboração premiada busca ressignificar este instituto e resgatá-lo de um contexto em que foi utilizado para a prática de um incontável número de arbitrariedades.

Este resgate permitirá, a meu ver, que tais acordos cumpram a sua função de servir para a obtenção de provas, para o esclarecimento de fatos de interesse público e para o julgamento efetivo e em prazo razoável de crimes graves, com a aplicação das penas corporais ou patrimoniais cabíveis e o ressarcimento de prejuízos financeiros, sem se converter, em si mesmo, em um instrumento de injustiça e de uso abusivo e expansivo da força.

Essa é a única forma de se compatibilizar esse instrumento de justiça negocial com as melhores práticas nacionais e internacionais de combate à macrocriminalidade e de observância ao sistema de proteção de direitos.

Registre-se que a proposta aqui defendida não impede a celebração de acordos, não obsta a manifestação do consenso no processo penal, não impossibilita a aderência da defesa às teses acusatórias e nem proíbe o uso das modernas técnicas de investigação, de produção de provas ou do uso de medidas cautelares para o bloqueio de eventuais valores ilicitamente obtidos, assim como também não tergiversa contra violações nucleares a direitos e garantias fundamentais como o princípio da legalidade penal, da presunção de inocência, do caráter acusatório do processo e do devido processo legal.

Não se pode simplesmente dizer que a reafirmação de tais direitos e garantias servirá como empecilho ou desestímulo à celebração dos acordos de colaboração premiada.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, divirjo do eminente Relator para dar provimento aos recursos e conferir interpretação conforme à Constituição, de acordo com as normas previstas pelo art. 5º, XXXIX, XLVI, "b", LIV, LV e LVII, às cláusulas do acordo celebradas entre o MPF e os colaboradores, de modo a impedir o cumprimento antecipado da pena de perdimento de bens antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É como voto.