

## QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO 7.074 DISTRITO FEDERAL

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

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:** Trata-se de Questão de Ordem suscitada pelo eminente Ministro Relator EDSON FACHIN, tendo em conta petição ajuizada pelo Governador do Estado do Mato Grosso do Sul contestando a distribuição, por prevenção, e não por sorteio, dos autos da Pet. 7.003, em que homologados os acordos de colaboração premiada celebrados entre o Ministério Público Federal e Joesley Batista e outros.

Em seu relatório, o Ministro afirma que "no bojo desse debate, exsurgem, no mesmo contexto, questionamentos sobre o conteúdo dos acordos formalizados entre os colaboradores e o Ministério Público Federal, com enfoque, na essência, nos limites da atuação jurisdicional no instituto jurídico em análise e seus reflexos na *persecutio criminis*, à luz das garantias constitucionais e das normas regulamentadoras previstas na Lei n. 12.850/2013".

Diante disso, submete "questão de ordem à deliberação do Plenário desta Suprema Corte, como medida de materialização do princípio da segurança jurídica, insculpido no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna".

Destaca o eminente Ministro Relator que "tem o presente incidente o objetivo de esclarecer os limites da atuação do magistrado no acordo de colaboração, inclusive eventuais obstáculos e circunstâncias correlatas, tomando por diretriz posicionamentos anteriores adotados em casos análogos, até mesmo por afinidade, quando do juízo de homologação, quer no que diz respeito a eventual momento processual em que se deva proceder à sindicabilidade judicial das cláusulas acordadas, quer no que diz respeito à atuação monocrática dos integrantes desta Suprema Corte".

Observe-se que a Petição apresentada pelo Governador do Estado do

Mato Grosso do Sul foi recebida pelo ilustre Ministro Relator EDSON FACHIN como agravo regimental.

Alega o peticionário que, consoante os depoimentos prestados pelos colaboradores Wesley Mendonça Batista e outros, os fatos a ele imputados seriam vinculados ao pagamento de propina para recebimento de vantagens e benefícios referentes ao ICMS, fatos estes alheios àqueles apurados na Operação Lava Jato, o que desautorizaria a aplicação das regras dos arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal. Cita como precedentes a abonar sua tese decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito 4.446 e na Questão de Ordem 4.130/PR.

Requer, ao final, seja “reconhecido que não há conexão entre os fatos e condutas imputadas ao Requerente mencionados na PET 7003 e aqueles objeto de apuração no Inquérito n. 4.112, referente à Operação Lava-Jato, sendo determinada, por conseguinte, a livre distribuição do presente feito do termo de colaboração em relação ao Requerente, nos termos do art. 66 do RISTF”.

Manifestaram-se, ainda, nos autos, Joesley Batista e outros, argumentando que o peticionário seria parte ilegítima para questionar os termos da colaboração, ou a competência do Relator, uma vez que a homologação do acordo não gera efeitos para quem não compõe a avença, razão essa para o não conhecimento do agravo regimental.

Quanto ao mérito, afirmam que a prevenção do Ministro Relator EDSON FACHIN para o caso não decorre unicamente do Inquérito 4.112, mas também dos seguintes processos: Pet. 6.122 (homologação da colaboração premiada de Fábio Cleto, com menções à corrupção passiva no âmbito do FI-FGTS); Inq. 4.362 (apura possíveis fatos delitivos perpetrados por membros do PMDB, com articulação no Senado Federal); Inq. 4.327 (apura possíveis fatos delitivos perpetrados por membros do PMDB, com articulação na Câmara dos Deputados); Inq. 4.462 (instaurado a partir de declarações prestadas por executivos do Grupo Odebrecht, para apurar solicitação de recursos ilícitos por Eliseu Padilha e Moreira Franco, em nome do PMDB e de Michel Temer, a pretexto de campanhas eleitorais); Pet. 5.922 e Inq. 4470 (relacionados a eventuais

ilegalidades no pagamento de gráficas na campanha de Dilma Rouseff, de 2014, entre as quais a Gráfica Focal), estes dois últimos de competência do Ministro Relator EDSON FACHIN por força de livre distribuição.

Alegam, subsidiariamente, que as questões suscitadas versam sobre competência relativa, não devendo ser invalidados os atos já praticados, tais como o que homologou os acordos de colaboração em tela. Acrescentam ainda que a competência do Ministro Relator EDSON FACHIN para a homologação dos acordos se estende a todos os anexos que compõem o processo, mesmo aqueles que envolvam agentes sem prerrogativa de foro.

Quanto à Questão de Ordem suscitada pelo Ministro EDSON FACHIN, defendem que não é a fase de homologação o momento para sindicabilidade dos benefícios e que a decisão de homologação de colaborações premiadas é monocrática, consoante precedentes da Corte (HC 127483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI).

Na Pet. 7.003, foi requerida pelo Procurador-Geral da República a homologação dos acordos de colaboração firmados com Joesley Batista, Wesley Batista, Ricardo Saud, Francisco de Assis e Silva, Florisvaldo Caetano de Oliveira, Valdir Aparecido Boni e Demilton Antonio de Castro.

Argumentou o *Parquet* Federal, nos citados autos, o cabimento de distribuição por dependência do processo, considerando estar ele relacionado a investigações em curso no Supremo Tribunal Federal no âmbito dos Inquéritos 4.326, 4.327 e 4.462, além da Petição 6.122. Os dois primeiros apuram a atuação de um grupo criminoso organizado, comandado por políticos integrantes do PMDB, no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, respectivamente. O Inquérito 4.462 investiga possíveis pagamentos de vantagens indevidas a pessoas próximas ao governo federal, nomeadamente Eliseu Padilha e Wellington Moreira Franco, em contexto bastante próximo ao Presidente da República, Michel Temer.

A corroborar a conexão do processo com casos sob relatoria do Ministro Relator, o Procurador-Geral da República ressalta que haveria

íntima relação entre as declarações de Joesley Batista com as apurações decorrentes da colaboração de Fábio Cleto, na Pet. 6.122, sob relatoria do Ministro EDSON FACHIN.

Destaca ainda o Sr. Procurador-Geral da República que, em depoimento prestado perante a Procuradoria-Geral da República em 6/4/2017, Joesley Batista narra seu íntimo relacionamento com Lúcio Bolonha Funaro, preso por determinação da Suprema Corte em decorrência dos fatos narrados na colaboração de Fábio Cleto e que, apesar de presos, Eduardo Cunha e Lúcio Bolonha Funaro continuariam recebendo periodicamente valores decorrentes de negócios espúrios realizados e com a finalidade de se manterem silentes diante de qualquer possibilidade de confissão dos esquemas criminosos, o que é corroborado no depoimento de Joesley. Tais circunstâncias, segundo o *Parquet*, conduziriam à incidência no caso do inciso III do art. 76 do CPP.

Ademais, afirma o Sr. Procurador-Geral que, entre os fatos trazidos por Joesley Batista a título de colaboração, consta a alegação de pagamentos sistemáticos a membros do parlamento já investigados e denunciados em processos da competência do Relator, Ministro EDSON FACHIN, o que demonstraria a conexão dos fatos, a ensejar a distribuição por dependência.

Anote-se que, na decisão do Ministro Relator EDSON FACHIN que homologou os Acordos de Colaboração Premiada apresentados na Pet. 7.003, foi consignado o seguinte, quanto à temática da competência: “conforme a inicial, existem várias menções com relação à participação nos fatos de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função perante este Supremo Tribunal Federal, o que leva à competência desta Corte”. Não se pronunciou o Ministro Relator, na oportunidade, sobre as razões pelas quais seria ele o competente para o processo.

É o relatório.

#### *1) Prevenção*

Em primeiro lugar, entendo, que nessas diversas investigações com

inúmeras e múltiplas delações premiadas, envolvendo um complexo e grandioso sistema de corrupção estatal, com participação de diversas autoridades públicas, em tese, envolvidas em um emaranhado contínuo e crescente de infrações penais, interligadas, ninguém melhor para analisar se há ou não prevenção, em virtude da presença das regras de conexão previstas nos incisos II e III do art. 76 do Código de Processo Penal, do que o Ministro que já vem investigando boa parte dos fatos ilícitos narrados nas novas colaborações premiadas, pois somente ele, na Corte, tem o conhecimento completo do conjunto da obra.

Na presente hipótese, a interligação de diversos temas que já vinham sendo apurados pelo Ministro relator EDSON FACHIN é patente, inclusive como foi por mim reconhecida, em 17.4.2017, na petição 6122.

VOTO no sentido da competência do Ministro EDSON FACHIN para a homologação do mencionado acordo de colaboração premiada porque são de sua relatoria diversos inquéritos e investigações que tem relação direta ou reflexa com os fatos criminosos relatados pelos agentes colaboradores.

*II) O papel do Poder Judiciário nos acordos de “colaboração/delação” premiada.*

Em um sistema acusatório como o proclamado pelo artigo 129, I da Constituição Federal, a análise do Poder Judiciário, em relação a delação/colaboração premiada, deve incidir sobre a *legalidade lato sensu*, apontada pelo artigo 4º da Lei nº 12.850/13, como a somatória de *“regularidade, voluntariedade e a legalidade”* (§7º), e dos *requisitos legais* (§8º).

Em relação ao acordo de colaboração premiada, o Poder Judiciário somente poderá analisar a legalidade desse *“negócio jurídico personalíssimo”*, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade devidamente acordado entre o Ministério Público/Polícia e o *“colaborador/delator”*, que poderão, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito das investigações criminais e a

persecução penal (VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 318; FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131).

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

O 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).

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito (LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 154), e, portanto, o Ministério Público ou a Polícia ao celebrarem o acordo de *colaboração premiada* devem respeito aos requisitos legais.

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

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

O Poder Judiciário deve exercer somente o juízo de *verificação de exatidão do exercício de oportunidade perante a legalidade* (VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 320), pois

estamos no campo do Direito Público, com a participação do Estado (Ministério Público ou Polícia) nesse “negócio jurídico”.

A regularidade e legalidade da análise do acordo de colaboração premiada, deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos. Se ausente a coerência, o acordo estará viciado por infringência ao ordenamento jurídico e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991. p. 115), pois o exame da legalidade e moralidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pela autoridade que celebrou o acordo de colaboração premiada.

### *III) A homologação e análise do acordo de colaboração premiada*

Sendo o acordo de “colaboração premiada” um “meio de obtenção de prova” (art. 3º da Lei nº 12.850/13), assim como busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal, como bem salientado no magistral voto do Ministro DIAS TOFFOLI (HC 127483), nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850/13).

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

No momento da decisão final de mérito, o órgão colegiado (Turma

ou Plenário) deverá analisar a colaboração premiada e as provas dela derivadas, assim como o fará em relação a todos os meios de prova (interceptação, quebra de sigilo bancário, mandado de busca e apreensão, etc.), no intuito de formar sua convicção e julgar.

O Juízo natural decide o mérito da ação penal, a partir da análise das provas produzidas em juízo, mediante contraditório e ampla defesa. Não se pode suprimir da Turma ou Plenário a análise da licitude de todas as provas e da regularidade dos métodos de sua obtenção, sob pena de cerceamento da atividade e independência jurisdicional e ferimento ao devido processo legal.

O juiz natural para a decisão de mérito da ação penal proposta pelo Ministério Público, na hipótese do Supremo Tribunal Federal cada um dos membros da Turma ou Plenário, dependendo da competência, analisará cada uma das provas obtidas, bem como a licitude ou não dos meios pelas quais as provas foram obtidas (CF, art. 5º, LVI). Da mesma maneira que o órgão colegiado pode chegar a conclusão que determinadas gravações obtidas por meio de interceptação telefônica devidamente autorizada pelo Ministro relator, durante a investigação, apresentaram irregularidades – apontadas pela defesa no contraditório diferido existente – e declarar a ilicitude das provas obtidas; poderá o órgão colegiado entender que as provas obtidas a partir da colaboração premiada são ilícitas, se houver algum vício na “regularidade, voluntariedade ou legalidade do acordo”.

Não se trata de revisão da competência monocrática do Ministro relator para homologação do acordo de colaboração premiada, mas sim da análise da licitude e do mérito de todas as provas produzidas, bem como os meios de sua produção, durante o devido processo legal, com ampla possibilidade de ampla defesa e contraditório, para que, cada um dos magistrados forme sua convicção.

#### *IV) Conclusão*

Dessa forma, nos acordos de colaboração premiada a opção



conveniente e oportuna deve ser feita legal e moralmente pelo Ministério Público ou Polícia, com a concordância do colaborador/delator (negócio jurídico personalíssimo), e somente na legalidade e na moralidade que a oportunidade deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme teoria já consagrada em relação a todos os atos discricionários do Poder Público, mediante homologação pelo Ministro Relator (CHAPUS, René. *Droit Administratif Général* 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992, t. 1, p. 775).

No momento da sentença final, o juízo natural da causa, para formar sua convicção, analisará a licitude de todos os meios de prova e provas obtidas, devidamente impugnadas e contraditadas mediante o devido processo legal, inclusive a colaboração premiada e as provas dela decorrentes.

Consequentemente, não poderá o Poder Judiciário invadir a legítima escolha feita consensualmente, entre as opções legal e moralmente reservadas para a realização do acordo de colaboração, de maneira a, simplesmente, alterar a opção licitamente realizada, sob pena de atentar contra a *ratio* legal e o sistema penal acusatório consagrado constitucionalmente.

Da mesma maneira, no momento da decisão de mérito deverá ser analisada a eficácia real da cooperação prestada pelo agente colaborador/delator, pois a implementação das denominadas “sanções premiaias”, como destacado pelo nosso Decano, Ministro CELSO DE MELLO, está necessariamente condicionada ao efetivo adimplemento das obrigações que tenham sido assumidas por referido colaborador e de que advenha um ou mais dos resultados indicados no art. 4, incisos I a V, da Lei 12.850/2013” (HC 144652).

Em virtude de todo o exposto, VOTO no sentido de acompanhar o ilustre Ministro relator.