

COORDENAÇÃO

MARIA TEREZA DE ASSIS MOURA
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

COLABORAÇÃO PREMIADA

AUTORES

» Alexandre Wunderlich, Ana Paula Martinez, Andrey Borges de Mendonça, Beto Ferreira Martins Vasconcelos, Carla Domenico, Carla Veríssimo, Gustavo Henrique Badaró, Igor Sant'Anna Tamasauskas, Maíra Beauchamp Salomi, Marcelo Costenaro Cavali, Marina Lacerda e Silva, Rodrigo Capez e Sebastião Botto de Barros Tojal.

2ª tiragem



THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

A HOMOLOGAÇÃO E A SENTENÇA NA COLABORAÇÃO PREMIADA NA ÓTICA DO STF

Pierpaolo Cruz Bottini

Professor livre-docente do Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (2006). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (2002). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1998). Membro da Comissão Julgadora do Prêmio Innovare. Esteve à frente da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2005-2007) e do Departamento de Modernização Judiciária do mesmo órgão (2003-2005). Foi membro efetivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Membro da banca examinadora do concurso para juiz federal substituto (TRF 3ª Região). Autor de livros na área de direito penal, como *Lavagem de dinheiro* (com Gustavo Henrique Badaró, São Paulo, RT, 2012) e *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco* (2ª edição, São Paulo, RT, 2008). Coordenou as obras *Reforma do Judiciário* e *a Nova execução de títulos judiciais*. É autor de artigos e publicações em revistas especializadas na área de direito penal.

1. Introdução

Presente¹ em nosso ordenamento desde o tempo das Ordenações, a colaboração premiada nunca gozou de confiança ou reconhecimento, talvez pelo caráter *inquisitório* do sistema pátrio – nunca abandonado por completo –, talvez pela difícil compatibilização de um ato *negocial* com a *obrigatoriedade* da ação penal imposta aos agentes do Estado.

A esse *desconforto cultural* se somava uma parca regulamentação. Prevista em leis esparsas, não existiam regras claras sobre o procedimento da colaboração, os agentes participantes, limites e outros aspectos importantes. A ausência de normas precisas e a falta de experiência dos agentes públicos levaram à nulidade muitas

1. O presente artigo tem por base a decisão do STF no AgRg na Pet 7074/QO na Pet 7074 proferida pelo Pleno nos dias 21, 22, 28 e 29 de junho, na qual o autor representava os colaboradores premiados.

investigações fundadas em colaborações premiadas. A insegurança jurídica tornava arriscado o uso do instrumento de investigação.

A Lei 12.850/13 organizou e regulamentou de forma mais segura o instituto. Fixou normas sobre benefícios, prazos, intervenientes, sigilo e outros aspectos, conferindo contornos tangíveis à colaboração. Alicerçada sob solo mais firme, seu uso tornou-se mais frequente.

No entanto, problemas persistem. Como em qualquer instituto novo, a prática revelou falhas e omissões no texto legal, impondo aos operadores do direito um esforço para preencher lacunas diante de situações específicas, não previstas pelo legislador. Os parâmetros de negociação, critérios para os benefícios, competência para homologação, hipóteses de rescisão do acordo, os efeitos da prerrogativa de foro sobre os acordos já homologados, o momento do início do cumprimento da pena, os contornos da postura de não litigância são algumas das dificuldades práticas vivenciadas por aqueles que aplicam o instituto, sobre as quais a lei silencia.

Diversas dessas questões serão abordadas nos capítulos do presente livro, que se propõe a apresentar um panorama completo sobre o instituto e seus desafios. Esse apartado tem por objetivo enfrentar um tema específico, que foi objeto de debates recentes na Suprema Corte: os limites da sindicabilidade de um acordo de colaboração homologado judicialmente (QO na Pet 7074). A questão: uma vez homologado o acordo, qual o espaço para o magistrado, posteriormente, alterar seus parâmetros ou termos. O tema – apesar de discutido por quatro dias pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal – ainda suscita dúvidas e exige maior reflexão.

2. Da homologação do acordo de colaboração premiada

A Lei 12.850/13 prevê que o Ministério Público – ou a autoridade policial – e o Colaborador são as partes do acordo de colaboração premiada, sendo vedada ao juiz qualquer participação nesse processo, em homenagem ao sistema acusatório que pauta – ou deveria pautar – o processo penal brasileiro. Assim, os termos do acordo são delineados entre as partes. Os agentes públicos, diante da colaboração oferecida, indicam os benefícios que pretendem postular, e o colaborador compromete-se a auxiliar nas investigações com depoimentos, informações, dados e documentos.

Firmado, o acordo segue ao juiz para homologação, ato pelo qual se atesta sua “regularidade, legalidade e voluntariedade” (Lei 12.850/13, art. 4º, § 7º).

Nesse momento, o magistrado verificará se os termos do acordo seguem os preceitos legais, se os benefícios oferecidos são possíveis e a ausência de impedimentos normativos para o ato.² Não raro, cláusulas são glosadas pelo Poder Judi-

2. Min. Teori Zavaski, em decisão proferida na Pet 5.733/PR, DJe 28.09.2016; e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos

ciário, podendo-se citar precedentes sobre dispositivos referentes à *desistência de recursos*,³ à falta de clareza sobre *regimes fixados*,⁴ à *previsão de suspensão de sigilo de dados de terceiros*⁵ ou ao tempo de *suspensão* do prazo prescricional no âmbito da colaboração.⁶

fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133. jul. 2017. p.149.

3. Nesse sentido, ao analisar o pleito de homologação de acordo de colaboração deduzido na Pet 5709, o Min. Teori Zavaski afirmou: “Sob esse aspecto, os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e as leis, com exceção do compromisso assumido pelo colaboradora, constante da Cláusula 12, segunda parte, da Cláusula 15, e da Cláusula 17, parte final, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição. Fica, portanto, excluída da homologação, que ora se formaliza, qualquer interpretação das cláusulas acima indicadas que possa resultar em limitação ao direito fundamental de acesso à Jurisdição”.
4. Decisão sigilosa, mencionada pelo Min. Dias Toffoli em voto nos autos da QO na Pet 7074, nos seguintes termos: “E nesse ponto do voto, Senhora Presidente, já que debatemos aqui muitas hipóteses e etc., e os limites, eu gostaria de trazer um exemplo concreto, obviamente uma colaboração premiada que me foi levada no ano de 2015, não vou fazer referência ao nome do colaborador, porque permanece sob sigilo (...) Então eu recebi este acordo assinado pelas partes, e entendi que suscitava dúvidas dessa forma de cumprimento de pena, então eu coloquei no meu despacho: ‘Não obstante previstos 20 anos como tempo máximo de cumprimento de pena, o acordo somente disciplina o regime prisional durante os primeiros 2 anos e 2 meses, quedando-se omissos em relação ao restante da pena, o que deverá ser esclarecido, é mister ainda, que no caso de descumprimento das condições dos regimes diferenciados de execução de pena propostos’, vejam o que eu coloquei no despacho: ‘mister que no caso de descumprimento das condições dos regimes diferenciados de execução de pena proposta sejam disciplinadas as hipóteses em que, ao invés da rescisão do acordo, nos termos da cláusula 27, o colaborador ficará sujeito a eventual regressão do regime’”.
5. Decisão sigilosa, mencionada pelo Min. Dias Toffoli em voto nos autos da QO na Pet 7074, nos seguintes termos: “e ainda me manifestei sobre uma outra cláusula, a 13ª, que também entendi suscitar dúvidas, essa cláusula dispunha: ‘o colaborador autorizará o Ministério Público Federal, ou outros órgãos nacionais ou estrangeiros indicados pelo Ministério Público Federal, a acessarem todos os dados, Ministro Celso, de sua movimentação financeira no exterior, mesmo que as contas não estejam no seu nome, por exemplo, em nome de Offshores ou interpostas pessoas, inclusive familiares’. Isto estava nesse termo de acordo ‘o que inclui exemplificativamente (...)’ continuo lendo o termo de acordo ‘todos os documentos cadastrais, extratos, cartões de assinatura, dados relativos a cartão de créditos, aplicações de identificação de depositantes e beneficiários de transações financeiras, assinando o termo específico para essa finalidade’. Então eu disse: ‘o colaborador tem legitimidade para renunciar ao seu sigilo bancário, ou de operações com a cartões de crédito relativamente as contas, ou aos cartões de que seja titular ou representante legal, dito de outro modo, não pode o colaborador validamente abrir mão do sigilo de contas bancárias de cartões de titularidades de terceiros’, e então

O Min. Celso de Mello, em mais de uma oportunidade,⁷ fez referências às lições de Cândido Rangel Dinamarco para conceituar o ato de *homologação* do acordo de colaboração. Segundo o professor das Arcadas, a *homologação é um invólucro* cujo conteúdo *substancial é representado pelo negócio jurídico* praticado pelas partes. Trata-se de um ato que confere *validade jurídica* ao acordo, sendo *vedada qualquer verificação de conveniência dos negócios celebrados*, ou qualquer *oportunidade de vitória eventualmente desperdiçada por uma das partes ao negociar*. Assim, ao usar a expressão *homologação*, o legislador reconheceu um *espaço de negociação* entre as partes, limitado apenas pela *legalidade* e pela *voluntariedade*, averiguadas pelo magistrado.

Dentro desses limites, o Ministério Público e o colaborador tem *liberdade de tratativa*, sendo-lhes permitida a fixação de cláusulas acordadas após negociação livre, e vedado ao Judiciário imiscuir-se em questões de *proporcionalidade* ou de *oportunidade*, exceto se constatado *vício de vontade*, *corrupção* ou inadequação do acordo aos preceitos legais vigentes. Como ensina o já citado professor: “Se o ato estiver formalmente perfeito e a vontade das partes manifestada de forma regular, é dever do juiz resignar-se e homologar o ato de disposição do direito, ainda quando contrário à sua opinião”.⁸

eu concluí: ‘é mister, portanto, seja retificada a cláusula em questão’ e aquelas outras também. ‘Com essas considerações abra-se vista dos autos da Procuradoria Geral da República/Brasília, 09 de dezembro de 2015’. Os autos foram à Procuradoria Geral da República, a Procuradoria Geral da República fez as adequações necessárias, subscreveu um termo de aditamento com o colaborador deste caso específico, esclarecendo todos esses temas, os autos me voltaram as mãos eu homologuei o acordo de colaboração e depois da homologação os autos voltam à Procuradoria e a Procuradoria então começa a requerer quanto ao fato tal, redistribuição quanto ao fato tal, baixa, quanto a fato tal arquivamento, etc.”.

6. Decisão sigilosa, mencionada pelo Min. Lewandowski, em voto nos autos da QO na Pet 7074: “Esse é um exame de legalidade que precisa ser feito necessariamente pelo relator, Vossa Excelência, Senhora Presidente, em uma atuação, a meu ver lapidar, como sempre, quando durante o recesso homologou os acordos de delação premiada da Odebrecht, os principais executivos dessa empresa, Vossa Excelência acentuou, acentuou o seguinte, nesta linha que eu estou agora trilhando, (...) Vossa Excelência afastou a cláusula VI do acordo, ou delimitou-a, dizendo ao seguinte: ‘a única hipótese suspensiva do prazo prescricional será aquela previsto artigo 4º § 3º da Lei 12.850 de 2013. E no mais, o levantamento do sigilo, tal como indicado, é, pela cláusula XVI, dependerá em todos os casos, (ininteligível), do provimento judicial motivado à luz do regime legal imposto. Então Vossa Excelência fez um controle muito apropriado, muito consentâneo, com espírito da legislação da delação premiada, mas suponhamos que vossa excelência tivesse falhado nesse exame inicial perfuntório, ou enfim (...)”.
7. Decisão monocrática nos autos do HC 144.652, DJe 16.06.2017, e em voto proferido na QO na Pet 7074, em 22.06.2017.
8. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. v. III. p. 272-274, item n. 936. Tal entendimento foi esposado

Uma vez *homologado* o acordo, seus preceitos são *válidos* e geram *efeitos* no mundo jurídico, sendo parte deles meramente *potencial* – uma vez que a colaboração se dará no curso da *instrução penal* e os benefícios dependem de sua *efetividade* futura – e parte *imediate*, como o direito à preservação do sigilo e à proteção do colaborador.

3. Da sindicabilidade posterior do acordo de colaboração

O acordo de colaboração presume a narrativa de um fato criminoso, de forma que sua decorrência lógica será a instauração de um *inquérito policial* ou de um procedimento de investigação por parte do Ministério Público, para aqueles casos em que ainda não existam expedientes ou processos em curso.⁹ Apurados os fatos, e havendo indícios de autoria e materialidade, instaura-se *ação penal*, na qual o colaborador será réu – com exceção dos casos em que o benefício seja a *não denúncia*, previstos no § 4º do art. 4º da Lei 12.850/13. Ao final da *instrução*, se o juiz se convencer da *culpa* dos denunciados, proferirá *sentença condenatória*, inclusive contra o colaborador. Será no momento da *dosimetria da pena* que o magistrado decidirá se aplica ou não os benefícios previstos no acordo àquele que cooperou com a instrução.

A questão: quais os *critérios* que pautam a decisão do magistrado nessa etapa processual? É possível ao juiz, no momento da sentença, reavaliar a *legalidade* do acordo – já analisada no momento da *homologação* – ou sua atividade se limita à análise da *eficácia* da colaboração para o bom termo da instrução? Se identificados, no transcorrer do processo, fatos que revelem a *ilicitude* do acordo, cabe ao magistrado rever seus termos ou a *preclusão* da *homologação* vedaria tal procedimento?

Esses os temas abordados pelo Plenário do STF por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074, ora analisado sob uma perspectiva crítica.¹⁰

Pela lei, cabe ao juiz, na *sentença*, apreciar “os termos do acordo homologado e sua eficácia” (Lei 12.850/13, art. 4º, § 11). Assim, no momento da *sentença*, após a *instrução processual*, caberá ao magistrado avaliar a *eficácia* do acordo.

O conceito e a extensão dessa *eficácia* serão abordados adiante. Antes disso, importa refletir se também é possível ao juiz voltar aos critérios já analisados no momento da *homologação* e visitar a *regularidade*, *legalidade* e *voluntariedade* do acordo.

pelo Min. Celso de Mello, quando do julgamento do HC 127.483, DJe 04.02.2016, esse, por sua vez, referido pelo Min. Fachin no julgamento da QO na Pet 7074.

9. Ou mesmo sentença, nas hipóteses do § 5º da Lei 12.850/13.

10. Todos os votos mencionados foram transcritos livremente dos seguintes vídeos disponíveis na página do Supremo Tribunal Federal no Youtube ([www.youtube.com/user/STF]).

3.1. Da revisitação dos critérios de regularidade, legalidade e voluntariedade

Há quem sustente que a análise da *legalidade* do acordo não se encerra com a *homologação*, sendo possível ao magistrado sua reavaliação a qualquer tempo, em especial no momento na sentença.

O Min. Ricardo Lewandowski, nos autos da QO da Pet 7074, sustentou ser possível uma *segunda análise* de *legalidade*, por parte do juiz, após a homologação. Ao tratar de casos julgados por Tribunais, sustentou que:

(...) poderá o Plenário, depois, por ocasião da prolação da sentença, como está na lei de regência, poderá examinar a eficácia do acordo, poderá revisitar os aspectos de legalidade lato sensu, embora não seja dado ao plenário qualquer ingerência no tocante aos aspectos de conveniência e oportunidade na celebração do acordo.¹¹

No mesmo sentido, o Min. Gilmar Mendes, para quem “o controle da legalidade, por ocasião da homologação, é um fracasso”,¹² dado o exíguo tempo que o magistrado dedica à análise do tema nessa etapa processual. Por isso, estaria aberto ao magistrado espaço para *reavaliação* posterior.

Tal posição ganha destaque no sistema brasileiro que adota a *prerrogativa de foro*, em que, não raro, o magistrado que *homologa* o acordo é distinto daquele que *julga* o mérito do processo penal posterior. É possível – e frequente – que um acordo de colaboração seja levado à análise de membro de Tribunal no qual um dos réus/ investigados tem *prerrogativa de foro*. Nesse caso, o magistrado da Corte *homologa* o acordo inteiro, mas apenas a *parte* que trata do agente com prerrogativa de foro segue sob jurisdição do Tribunal, enquanto a *outra*, que trata de terceiros, é *desmembrada* e remetida a outras instâncias. Nesse último caso, o magistrado *homologador* não conduzirá a instrução e julgará o caso, situação que confere destaque maior à questão da possibilidade da *reavaliação da legalidade* pelo juízo sentenciante.

No entanto, esse não parece ser um problema *exclusivo* do procedimento de *colaboração*, mas uma questão que perpassa todo o sistema de distribuição de competências pátrio. As regras constitucionais de *prerrogativa de foro* criam situações usuais de *desmembramento* ou de *alteração de foro* diante das mais variadas hipóteses (por exemplo, concurso entre agentes com e sem prerrogativa de foro, eleição, perda ou renúncia ao mandato etc.). Nesses casos, os autos *sobem* aos

11. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=FiSW6T8oI-0]. Acesso em: 28.09.2017.

12. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=gCjm3mc6go8&list=PLippyY19Z47vFe5z_sEx04dkE-ABI4nMcg]. Acesso em: 28.09.2017.

Tribunais ou *descem à instância de origem*, de forma que um magistrado receba processos nos quais outro – de instância distinta – atuou, praticou atos e decidiu sobre inúmeras questões.

Nessas hipóteses, o novo juiz deve respeitar os limites impostos à sua atividade, balizados pela *preclusão* das decisões tomadas anteriormente. Essa é a regra em qualquer caso de *alteração* de competência, sempre que um processo é *transferido* de um magistrado a outro. Limitar a atuação judicial, impondo ao juiz o respeito à *preclusão* de atos anteriores não afeta sua *independência*, mas garante um mínimo de *segurança jurídica*, necessário ao funcionamento do sistema.

Por outro lado, há quem entenda que a decisão de *homologação*, como toda decisão judicial, a torna *preclusa* a análise da legalidade, regularidade e voluntariedade. Nesse sentido, a *valoração jurídica* efetuada sobre os *dados fáticos* existentes por ocasião da decisão não pode ser alterada, tornando-se definitiva se não impugnada no prazo legal.

Como apontou o Min. Luiz Fux, por ocasião do julgamento da QO da Pet 7074, após o controle de *legalidade da homologação*, “só caberá ao órgão julgador verificar a eficácia daquela colaboração” para conferir *segurança jurídica àqueles que participam e firmam o acordo*. Nesse sentido, aduziu que “uma vez homologada a delação por quanto voluntária, formalmente regular e obedecidos os cânones legais, só restará no momento do julgamento a verificação de sua eficácia, da sua eficiência”. E conclui: “Isso significa dizer, em linguagem clara, isso precisa ficar claro, que o órgão colegiado não pode rever os termos da delação se tudo for cumprido, se as obrigações todas forem cumpridas”.¹³

Na mesma linha, o Min. Roberto Barroso destacou que “no momento do julgamento já não cabe mais juízo de legalidade” sobre a colaboração, uma vez que tal avaliação ocorreu na etapa *homologatória*.¹⁴ Segundo o Ministro, se o Estado firma um acordo que entendeu interessante, se obtém informações para punição de terceiros, e depois deixa de cumprir o ajustado, agirá *deslealmente* – seria a “desmoralização total do instituto da colaboração premiada”.¹⁵ Na mesma linha seguiu o Min. Edson Fachin, e mesmo o Min. Dias Toffoli, que admitiu no julgamento da QO da Pet 7074 algumas hipóteses excepcionais de verificação *posterior* da legalidade,

13. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=rZwTly2xKaw&list=PLippyY19Z47tur_6-j2luHk2X-cmDrDDK8]. Acesso em: 28.09.2017.

14. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=rZwTly2xKaw&list=PLippyY19Z47tur_6-j2luHk2X-cmDrDDK8]. Acesso em: 28.09.2017.

15. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=rZwTly2xKaw&list=PLippyY19Z47tur_6-j2luHk2X-cmDrDDK8]. Acesso em: 28.09.2017.

reconheceu que “ainda que se trate (*a homologação*) de mero juízo de delibação, trata-se, ao meu sentir, de fase de sindicabilidade das cláusulas acordadas”.¹⁶

Conferir à *homologação* o *status* de decisão definitiva a respeito da *legalidade* do acordo garante *segurança jurídica* ao ato, uma vez que tanto as autoridades públicas quanto o colaborador têm a segurança de que o cumprimento de sua parte na avença implicará a obtenção dos benefícios e das informações almejadas. A *homologação*, portanto, transforma o acordo em *ato jurídico perfeito*. Como apontou o Min. Roberto Barroso: “não há como salvar o instituto da colaboração se, por um motivo pré-existente à homologação se puder, mais à frente, anular a colaboração”.¹⁷

A *relevância* desse momento torna legítima – ao menos para fins de discussão mais aprofundada – a crítica de alguns Ministros do STF sobre a competência *monocrática* do Relator para a *homologação*, quando há *prerrogativa de foro* de algum dos envolvidos. Como aduziu o Min. Gilmar Mendes, se adotada a posição de que a análise da *legalidade* do acordo se encerra no ato de *homologação*, a competência para tal avaliação deveria ser do órgão colegiado. Segundo o Ministro, “acho que é grande demais a responsabilidade do Relator para ficar consigo com essa responsabilidade, e dizer que agora há uma preclusão jurídica absoluta, como se disse aqui”.¹⁸ Vale destacar, nessa linha, que no âmbito do Ministério Público Federal, a homologação dos acordos de *leniência* se faz por decisão *colegiada* da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal,¹⁹ a indicar que a *solenidade* do ato de *homologação* deveria ensejar análise do *conjunto* dos integrantes das cortes.

De qualquer forma, decidida monocrática ou colegiadamente, a nosso ver a *homologação* torna *preclusa* a análise da *legalidade*, *voluntariedade* e *regularidade*.

Isso não significa, no entanto, que qualquer avaliação sobre esses três prismas seja vedada ao magistrado sentenciante. É possível reconhecer *vícios do negócio jurídico* diante de *fatos novos*, ou de *fatos antigos* revelados posteriormente e desconhecidos pelo magistrado no momento da *homologação*, como, por exemplo, a *corrupção* ou a *coação*.

Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio, indicou que:

16. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=rZwTly2xKaw&list=PLlippyY19Z47tur_6-j2luHk2X-cmDrDDK8]. Acesso em: 28.09.2017.

17. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=FiSW6T8oI-0&t=2074s]. Acesso em: 28.09.2017.

18. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=gCjm3mc6go8&list=PLlippyY19Z47vFe5z_sEx04dkE-ABI4nMcg]. Acesso em: 28.09.2017.

19. Disponível em: [www.mpf.mp.br/pg/documentos/ORIENTAO7_2017.pdf].

[a] preclusão desse ato de sua Excelência (da homologação) é uma preclusão que eu poderia apontar como relativa, porque se surgir um fato novo, o próprio relator, que será também o relator do processo crime a ser formalizado, apresentará esse fato novo como honestidade de propósito (...) e o Colegiado Julgador terá campo amplo para se manifestar a respeito.²⁰

Na mesma linha, o Min. Alexandre de Moraes, ao apontar que “fatos supervenientes” podem ser causa de revisão do acordo.²¹

Tais fatos *novos*, a nosso ver, são aqueles previstos no art.966 do CPC, que trata da *rescisão* da decisão *transitada em julgado*, como (i) *prevaricação*, *conculção* ou *corrupção* do magistrado; (ii) *incompetência absoluta*; (iii) *dolo ou coação* ou *simulação* ou *colusão* entre as partes do acordo com o fim de fraudar a lei; (iv) *violação manifesta* da lei; (v) *falsidade*; (vi) *prova nova*; e (vii) *erro de fato* verificável do exame dos autos.

Mas, mesmos nesses casos, se o *vício* não é de responsabilidade nem de ciência do colaborador, a sua *boa-fé* na tratativa com o Estado deve ser considerada para fins de manutenção dos *benefícios*, ainda que as provas e indícios decorrentes da colaboração possam ser anulados ou revistos.

Um dos exemplos citados com frequência durante o julgamento do QO na Pet 7074 foi o da tortura: caso se verifique, posteriormente, que a colaboração ocorreu porque o réu foi torturado, é possível rever o acordo? Trata-se, aqui, de *coação*, fato que justificaria a *revisão* da decisão. Ao tratar do tema, o Min. Alexandre de Moraes respondeu que, nesse caso, a *homologação* seria revista e todas as *provas* oriundas do acordo seriam *nulas*, de forma que a avença seria rescindida pela falta de *eficácia*:

(...) ao declarar ilícitas as provas decorrentes da colaboração, obviamente isso entra o plano da eficácia e o órgão julgador vai poder dizer, reveja o que fez o relator porque essas provas são ilícitas porque decorrentes de vícios, e agora analisadas na colaboração, não há eficácia (TL).

Concordamos em parte com tal raciocínio. É evidente que, nesse caso, o acordo deve ser *revisto*. Mas não parece que o motivo seja a falta de *eficácia* derivada da nulidade das provas produzidas, mas a ausência de *voluntariedade* revelada por *fato* conhecido *posteriormente à homologação*. Trata-se, aqui, de uma das situações excepcionais nas quais os critérios da *homologação* podem ser revistos, sempre

20. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=LqM4mMXvkkE&t=1s]. Acesso em: 28.09.2016.

21. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=fGtzWVak_p0&list=PLlippyY19Z47tNRIjWEk0rOR5c4Mbeh2E5]. Acesso em: 28.09.2017.

que um *fato novo* – ou *antigo* revelado posteriormente – revele o *vício* do negócio jurídico. Mas, dada a ausência de *má-fé* do colaborador, os *benefícios* deveriam ser mantidos, se a anulação das provas não macular por completo qualquer imputação que ainda paire sobre ele.

Por fim, uma última hipótese de revisão: a identificação de cláusula com *ilegalidade flagrante* conhecida pelo magistrado no momento da *homologação* e não identificada, por descuido ou desídia. O que o Min. Dias Toffoli chamou de “algo teratológico”²² ou o Min. Ricardo Lewandowski nominou de “inconstitucionalidade chapada”,²³ fazendo referência a termo usado pelo ex-Ministro Sepúlveda Pertence em outra oportunidade.

Imagine-se um dispositivo pelo qual o colaborador se compromete a abrir mão do sigilo bancário próprio e de terceiros, estes eventualmente interpostos para simular a propriedade de bens. A disponibilização do *sigilo* de terceiros não é admissível em acordos de colaboração, por evidente, de forma que tal cláusula careceria de *legalidade* e deveria ser afastada pelo Poder Judiciário a qualquer tempo. Mas tal ato judicial de controle de legalidade não implicaria a *anulação* do acordo como um todo ou a invalidação dos *benefícios* oferecidos ao colaborador. Apenas o dispositivo seria afastado, restando válido o acordo, a não ser que a ilegalidade fosse tamanha que o restante da avença não pudesse subsistir.

Em suma, a *homologação* torna o acordo um *ato jurídico perfeito* e sua *revisitação* em relação aos benefícios somente se dá pelo *inadimplemento* ou pela *superveniência* de causa legítima para sua desconstituição.²⁴ Em outras palavras, uma vez *homologado* o acordo, há *preclusão* da análise de sua *legalidade*, exceto se surgir *fato novo*, ou *informação nova* a respeito de fato antigo, ou for reconhecida *ilegalidade teratológica*, caso em que a revisão se limitará à cláusula *maculada* sem afetar os demais elementos da avença.

3.2. Da análise da efetividade da colaboração no momento da sentença

No momento da sentença, portanto, a atividade jurisdicional sobre a colaboração tem por núcleo a medição de sua *efetividade*, entendida como o cumprimento dos termos acordados por parte do colaborador.

22. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=LqM4mMXvkkE&t=70s]. Acesso em: 28.09.2017.

23. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=LqM4mMXvkkE&t=72s]. Acesso em: 28.09.2017.

24. Nessa linha, o Min. Celso de Mello, ao apontar que o acordo “qualifica-se como ato jurídico perfeito, revelando-se insuscetível de modificação, ressalvadas as hipóteses de seu descumprimento por parte do agente ou da superveniência de causa legítima apta a desconstituí-lo” (voto na QO na Pet 7074).

No acordo, o colaborador se compromete a *narrar* os fatos e a *apresentar* dados de corroboração, como documentos, e-mails, extratos de dados telefônicos, faturas de cartão de crédito. Em regra, tais informações já são anexadas e disponibilizadas ao Ministério Público – ou à autoridade policial – no instante da assinatura do acordo, a não ser que sua obtenção dependa de diligências posteriores. Portanto, ao acenar com determinado benefício, a autoridade pública já tem posse de praticamente tudo o que o colaborador dispõe, de forma que a *vantagem* oferecida já tem por parâmetro a *eficácia* da colaboração.

Durante as investigações ou a instrução criminal, essa *eficácia* será posta à prova diante da atuação processual do *próprio colaborador* e das *provas* apresentadas pelos demais participantes da lide. Nas palavras do Ministro Luiz Fux, trata-se de analisar a “correspondência da colaboração com a realidade probatória dos autos”.²⁵ Caso o *colaborador* preste depoimentos corroborando os fatos confessados, e não se constatem *falsidades* ou *omissões* diante dos demais *elementos de prova* trazidos aos autos, a colaboração será *eficaz*, e os benefícios devem, ao final da instrução, ser requeridos pelo *parquet* e reconhecidos pelo magistrado.

Nesse caso, o magistrado está *vinculado* aos termos do acordo e deve aplicar os benefícios ao fixar a *dosimetria* da pena, mesmo quando não tenha sido ele o responsável pela *homologação* da avença.²⁶ Há um *direito subjetivo* do colaborador de aceder aos benefícios, uma vez que a colaboração gera um *dever* por parte do Estado quando *efetiva* sua postura, reconhecida por seu comportamento durante a instrução processual.²⁷

Nesse sentido, doutrina de Masson e Marçal, para quem:

[há uma] vinculação judicial ao benefício acordado em caso de cumprimento integral da avença, pois, do contrária noção de processo cooperativo restaria esvaziada e haveria um clima indesejável de insegurança jurídica na aplicação do instituto, pois o Ministério Público não teria como cumprir a sua obrigação no acordo, ante a possibilidade de o juiz não conceder o perdão judicial na sentença.²⁸

25. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [youtu.be/XSQqBdjE-mw]. Acesso em: 28.09.2017.

26. Nesse sentido, o Min Roberto Barroso foi enfático ao afirmar que o “juiz deve respeitar o acordo” homologado pelo STF e o Min. Celso de Mello, para quem “as cláusulas constantes desse pacto negocial deverão ser por todos os órgãos e agentes da persecução penal negociados”.

27. Nessa linha, FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 125: “Sendo o caso de justiça negociada, caberá ao juiz respeitar totalmente o que foi acordado”.

28. MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015. p. 183.

No mesmo sentido, Lima: “Comprovada a eficácia objetiva das informações prestadas pelo agente, a aplicação do prêmio legal inerente à respectiva colaboração premiada é medida que se impõe”.²⁹

O Ministro Alexandre de Moraes, ao tratar do tema em seu voto no QO da Pet 7074, apontou o caráter *acusatório* do sistema processual brasileiro, pelo qual o juiz deve respeitar os termos do acordo entre as partes – uma vez reconhecida a *legalidade* de seus termos no momento da *homologação*. Segundo o Ministro:

(...) mesmo que o juiz não concorde, o Poder Judiciário não concorde, desde que haja uma lícita escolha entre as várias opções legalmente e moralmente previstas, é uma discricionariedade, como de resto em todo o direito administrativo brasileiro, é uma discricionariedade mitigada por lei.³⁰

Ao tratar do tema, o Min. Luiz Fux apontou que há uma “vinculação judicial ao benefício acordado em caso de cumprimento integral da avença, pois do contrário a noção de processo cooperativo restaria esvaziada e haveria um clima de indesejada insegurança jurídica na aplicação do instituto”.³¹ Na mesma linha, o Min. Celso de Mello, ao indicar a falta de “sentido que, homologado o acordo, cumpridas as obrigações assumidas pelo agente colaborador, venha esse a ser surpreendido por um gesto desleal do Estado representado pelo Poder Judiciário, pelo Estado-Juiz”.³² Nesse sentido, o Ministro enfatizou que “o acordo de colaboração premiada, devidamente homologado, vincula o Poder Judiciário quando do julgamento final da causa penal, desde que as obrigações assumidas pelo agente colaborador tenham por este realmente sido cumpridas”. Mesmo o Min. Dias Toffoli, que admitiu um espaço maior de revisão da *legalidade* após a *homologação*, reconheceu que “caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados, há o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiais estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial”.³³

29. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: JusPodivm, 2017. p.735. Na mesma linha, BALTAZAR JR, José Paulo. *Crimes federais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.1278.

30. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [youtu.be/XSQqBdjE-mw]. Acesso em: 28.09.2017.

31. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [youtu.be/XSQqBdjE-mw]. Acesso em: 28.09.2017.

32. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [youtu.be/XSQqBdjE-mw]. Acesso em: 28.09.2017.

33. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [youtu.be/FiSW6T8oI-0]. Acesso em: 28.09.2017. O mesmo Ministro, no julgamento do HC 127.483/PR: “Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de

Também críticos a inúmeros acordos firmados no Brasil, Canotilho e Brandão reconhecem que “se a colaboração for determinante da produção de *algum* dos resultados previstos nos cinco incisos do caput do art. 4º – colaboração dita eficaz – o colaborador deve, em princípio, se beneficiar da vantagem que anteriormente pactuou com o Ministério Público como condição para colaborar”.³⁴ Isso porque, para os autores, “homologado o acordo, o juiz não se limita a declarar sua validade legal, mas também, de certo modo, assume um compromisso em nome do Estado: ocorrendo a colaboração nos termos pactuados e sendo ela eficaz, em princípio devem ser outorgadas ao réu colaborador as vantagens que lhe foram prometidas”,³⁵ revelando a *importância* do ato homologatório.

Mas tal posicionamento não é unânime. O Min. Gilmar Mendes pontuou, no julgamento em análise, que o juiz não é parte do acordo e não fica vinculado aos benefícios por ele estabelecidos. O Ministério Público poderia, no máximo, comprometer-se a *pleitear* certas vantagens ao colaborador. Para o Ministro, “isso não quer dizer que o juiz esteja livre para ignorar a sanção acordada. Havendo previsão de benefício válido no acordo, e sendo o acordo devidamente cumprido, o julgador deve aplicar o benefício”, mas “incumbe ainda ao juiz dosar o benefício, tendo como parâmetros a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade a repercussão social do fato criminoso”.³⁶ Em suma, e ao que parece, o Ministro defende que o magistrado se pautar pelos benefícios previstos no acordo, mas admite um espaço para ajustes da pena de acordo com *circunstâncias* outras, como aquelas previstas no art. 59 do Código Penal.

Pode ocorrer, por outro lado, situação inversa, na qual o colaborador altera substancialmente sua narrativa inicial durante a instrução, ou quando se constata *falsidade* ou *omissão* em suas declarações. Nesse caso, o Ministério Público pode pedir a *rescisão* do acordo, e o magistrado poderá afastar o benefício, ou reduzi-lo, de acordo com a extensão das falhas ou vícios identificados.

Esses casos de *inefetividade* da colaboração, durante a instrução e após a homologação efetiva do acordo, que justificam a *revisão* ou a *negativa dos benefícios* se limitam às hipóteses em que a falta de eficácia tem por origem a *má-fé* do colaborador. Não parece que a mesma consequência seja aplicável aos casos em que as investigações sejam obstadas pela falta de empenho das autoridades públicas.

colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador”.

34. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133. jul. 2017. p. 145.

35. *Ibidem*, p. 150.

36. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [youtu.be/LqM4mMXvkkE]. Acesso em: 28.09.2017.

Nesse contexto, pode ocorrer que o *colaborador* apresente sua narrativa e os documentos de corroboração dos quais disponha, mas uma instrução deficiente – seja por desídia dos investigadores, seja pela dificuldade de angariar mais elementos de provas diante de certos contextos – leve o magistrado a entender que os fatos trazidos aos autos não são suficientes para ensejar a condenação de um ou mais réus. Nessa situação, a investigação *falha* ou *inconclusiva* não é de *responsabilidade* do colaborador, que se dispôs a apresentar os elementos de que dispunha – e que foram reconhecidos pela contraparte como relevantes para o início de uma apuração. O ônus de levar a cabo a investigação é do Estado. Sua incapacidade apuratória não pode afetar os benefícios propostos, decorrentes de uma valoração positiva do material apresentado, feita por seus próprios agentes em um momento inicial.

O colaborador não pode ficar à mercê da competência ou da incompetência dos responsáveis pela investigação ou dos desdobramentos sempre imprevisíveis do processo apuratório. Se fez sua parte, manteve sua versão e apresentou indícios e elementos reconhecidos como relevantes, fará jus ao benefício, ainda que as apurações não sigam adiante.

Nesse sentido, vale a ponderação do Min. Celso de Mello:

(...) há situações em que o agente colaborador procede ao adimplemento integral de suas obrigações, age, não é, de maneira muito clara, procede ativamente, colabora com os órgãos incumbidos da persecução penal e muitas vezes, por falha do aparelho de Estado, por falha da polícia judiciária, por falha do Ministério Público, os resultados pretendidos não são atingidos.³⁷

Embora o Ministro ressalve ao final que tal matéria ainda merece mais reflexões, parece clara sua inclinação à admissão dos benefícios acordados quando o insucesso das investigações decorre da conduta estatal ineficiente. No mesmo sentido, o Min. Alexandre de Moraes destaca que, ao final da instrução, o órgão judicante se pronunciará sobre a *eficácia* da colaboração e, nos casos de elementos “não obtidos”, deverá analisar se a ineficácia deveu-se à “culpa do agente colaborador ou não”³⁸. Sobre o tema, Lima afirma que:

(...) (a eficácia) não significa dizer que o Ministério Público deva ter êxito nos processos que intentar contra os coautores expostos ou delatados. O que realmente importa é que o colaborador tenha prestado seu depoimento de forma

37. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [https://youtu.be/XSQqBdjE-mw]. Acesso em: 28.09.2017.

38. Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: [https://youtu.be/XSQqBdjE-mw]. Acesso em: 28.09.2017.

veraz e sem reservas mentais sobre todos os fatos ilícitos de que tenha conhecimento, colaborando de maneira plena e efetiva.³⁹

Outro incidente que pode ocorrer durante a instrução é o reconhecimento judicial da *ilicitude* de um dos dados de corroboração apresentados. Caso o colaborador apresente os elementos de prova e todas as circunstâncias que envolvam sua obtenção, e o Ministério Público ou o delegado de polícia entendam *legítima* sua produção, os benefícios oferecidos não poderão ser revistos caso o magistrado valere os fatos de forma distinta e afaste a validade dos documentos. A discussão jurídica sobre elementos fáticos é estranha à análise da *efetividade* da colaboração, que se mede no momento do acordo, diante de todo o material apresentado, e somente será revista nos casos expostos de *retratação*, *falsidade* ou *omissão dolosa*.⁴⁰

4. Conclusão

Ao final do julgamento da Questão de Ordem na Pet 7074, aqui analisada, a Suprema Corte, por maioria de votos, entendeu que: “o acordo homologado como regular, voluntário e legal gera vinculação condicionada ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, salvo em caso de ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico”.

O conteúdo dos votos revela mais do que a ementa do julgamento: a *homologação* do acordo encerra a análise judicial sobre a *regularidade*, *voluntariedade* e *legalidade* do acordo, tornando *preclusas* tais matérias a decisão, a não ser que fato *posterior* – ou *anterior/concomitante* e *desconhecido* do magistrado – indique a ausência de um dos três elementos indicados.

No momento da *sentença* caberá ao magistrado *apenas a análise da eficácia* da colaboração, sendo necessária a aplicação dos *benefícios* acordados caso o colaborador cumpra com sua parte na avença, ou seja, se mantiver sua versão dos fatos e não for constatada *falsidade* ou *omissão* em suas declarações.

Trata-se de uma primeira decisão do STF sobre tema novo e sensível. Longe de estar consolidada, a questão sobre os parâmetros da colaboração e da comu-

39. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: JusPodivm, 2017. p.715.

40. Nesse sentido, por ocasião do julgamento do QO da Pet7074, o Min. Gilmar Mendes indagou ao Plenário o que ocorreria caso se constatasse que uma gravação de conversa ambiental, apresentada por um colaborador premiado como corroboração de relato específico, fosse declarada nula pelo Poder Judiciário após a homologação do acordo. Em resposta, o Min. Roberto Barroso apontou que o colaborador não pode ser prejudicado por essa valoração jurídica de dado apresentado anteriormente e reconhecido como relevante pelo Estado, no momento do acordo. Indicou que o ato de valoração da prova – inclusive quanto à sua legalidade – não pode afetar o acordo.

nicabilidade entre a *homologação* e a *sentença* será objeto de inúmeras reflexões jurisprudenciais e doutrinárias. Mas a decisão na Questão de Ordem na Pet 7074 é um *primeiro paradigma*, e merece ser conhecida, analisada e dissecada, a fim de jogar as primeiras luzes em um tema de relevante repercussão no cotidiano forense.