

## OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA HOMOLOGAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### THE CONSTITUTIONAL LIMITS OF THE APPROVAL OF COLLABORATION AWARDED IN THE SUPREME FEDERAL COURT

Carlos Alexandre Klomfahs

**RESUMO:** O presente artigo aborda a colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850 de 2013 que tem ganhado o noticiário dos jornais e aberto inúmeros debates tanto na comunidade acadêmica jurídica quanto no Supremo Tribunal Federal, que julgou a questão de ordem e do agravo regimental da petição (pet) 7074 e concluiu o julgamento sobre limites da atuação do relator. O objetivo do trabalho é discutir a tese (problemática) se na análise da colaboração premiada (negócio jurídico processual híbrido) pelo Supremo Tribunal Federal como defensor precípua da Constituição, deve observância aos princípios constitucionais (dentre outros o da razoabilidade, supremacia do interesse público, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, eficiência) da colaboração premiada acordada entre os colaboradores e o Ministério Público (Procurador Geral da República) e não somente os critérios da regularidade formal, legalidade e voluntariedade, mormente considerando que a decisão do plenário do STF servirá de parâmetro para a primeira e a segunda instância do Poder Judiciário. Assim, concluímos nossa tese no sentido que realmente deve o Supremo Tribunal Federal submeter às colaborações premiadas de sua competência ao crivo da Constituição, incluindo valores e princípios, uma vez que as implicações de suas decisões podem causar eventualmente, futura impugnação por violação a princípios e normas constitucionais, trazendo impunidade, ineficiência e insegurança jurídica.

**Palavras chave:** Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Limites constitucionais. Homologação de Delação premiada. Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** This article deals with the award-winning collaboration provided for in Law No. 12.850 of 2013, which has won the news of the newspapers and brought countless debates both in the legal academic community and in the Federal Supreme

Court, which ruled on the issue of order and the aggrieved regimental of the petition (pet) 7074 and concluded judgment on limits of the rapporteur's performance. The purpose of the paper is to discuss the (problematic) thesis, if the constitutional principles (among others, that of reasonableness, the supremacy of the public interest) are to be observed in the analysis of the award-winning collaboration (hybrid procedural law) by the Federal Supreme Court as the main defender of the Constitution Proportionality, dignity of the human person, efficiency) of the awarded collaboration agreed between the collaborators and the Public Prosecutor (Attorney General) and not only the criteria of formal regularity, legality and voluntariness, especially considering that the decision of the STF plenary will serve For the first and second instances of the Judiciary. Thus, we conclude our thesis that the Federal Supreme Court really must submit to the award-winning collaborations of its competence to the sieve of the Constitution, including values and principles, since the implications of its decisions may eventually cause future impugnation for violation of principles and Constitutional norms, bringing impunity, inefficiency and legal insecurity.

**Key words:** Constitutional right. Criminal Procedural Law. Constitutional limits. Awarded award recognition. Federal Court of Justice.

## INTRODUÇÃO

Um tema candente no Direito Constitucional, Penal e Processual Penal, com amplos reflexos na esfera política do país e porque não reflexo também na seara econômica, são as questões dos limites da delação ou colaboração premiada especialmente nos casos de réus com foro por prerrogativa de funções.

Foi julgada recentemente (29.06.2017) no Supremo tribunal Federal questão de ordem e do agravo regimental na Petição (PET) 7074 que decidiu, por maioria de votos, que o acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil. O dispositivo citado diz que “os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”.

Se por um lado é recente seu advento, pelo menos com maior ênfase tem se dado desde seu primeiro grande aparecimento com as delações de Alberto Youssef e tem gerado precedente de Habeas Corpus de nº 127.483 de relatoria do

Ministro Antônio Dias Toffoli, por outro, sua utilização está longe de diminuir, uma vez que nos autos da colaboração premiada de Wesley e Joesley Batista, o número de políticos “denunciados” é de 1829 candidatos de 28 partidos.

Nada obsta, é por todo evidente, que a análise para nós, dos acordos de delação premiada no âmbito da 1ª instância e nos Tribunais, possam ser aferidos também por controle difuso de constitucionalidade, de ofício ou a requerimento das partes, especialmente do Ministério Público quando o acordo for entre delegado de polícia e delator.

Até porque no âmbito do Supremo Tribunal Federal não poderia ser diferente, uma vez que sua interpretação e aplicação das normas, princípios e valores constitucionais, especialmente ligados a direitos fundamentais e devido processo legal, gera um precedente obrigatório para todos os magistrados e desembargadores de 2ª Instância no Brasil.

Forte no que dispõe tanto a política de diminuição de recursos e ações originárias no STF, como repercussão geral, fim ou diminuição do foro por prerrogativa de função, quanto o disposto no sistema de precedentes inaugurado, por assim dizer, pelos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal tem o dever de além de prevenir eventuais recursos contra homologações de 1ª e 2ª instâncias, evitar em controle difuso eventuais futuras inconstitucionalidade de acordos que violem os princípios e normas da Constituição Federal de 1988, os artigos 1º e 8º do Código de Processo Civil aplicados no Processo Penal de forma subsidiária.

Razão da importância de se refletir sobre os limites constitucionais na homologação da delação premiada no Supremo Tribunal Federal.

## **1 DEFINIÇÃO E PREVISÃO LEGAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA.**

Em sustentação oral que assistimos da tese de doutorado de André Luiz da Silva dos Santos, sob o título: **Mãos Limpas e Lava Jato: alternativas no combate à corrupção**, na Faculdade de Direito da USP, ficou claro que o custo do crime

somente nos Estados Unidos em 1965 tenha chegado a casa dos 21 bilhões de dólares.

No Brasil<sup>1</sup>, segundo **Ivete Maria Ribeiro**, advogada e professora em entrevista para o jornal O Estado de São Paulo em setembro de 2016, apenas o pagamento de propinas na Petrobras e em outras estatais investigadas na Operação Lava Jato soma R\$ 20 bilhões, incluindo desvios referentes a contratos com fornecedores e negócios superfaturados.

Mas a corrupção no País vai além. Estudo da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) projeta que até 2,3% do nosso Produto Interno Bruto (PIB) são perdidos a cada ano com práticas corruptas, ou seja, cerca de R\$ 100 bilhões, representando esse valor, não somente o numerário efetivamente pago para patentear práticas ilegais, mas também o custo decorrente das referidas práticas. No mencionado custo estão o dinheiro que as empresas deixam de investir em atividades produtivas e a fuga de capitais sacrificando ganhos de produtividade que o país teria com um maior controle da corrupção.

Por esta e outras razões, a importância técnica da definição da colaboração premiada traz os contornos jurídicos sobre o qual não poderá eventual recurso a Tribunais Superiores, invalidar, é premente e indispensável, pois, o cuidado conceitual.

A melhor definição de sentido técnico-jurídico de colaboração premiada pode ser além do prisma de ser um meio de obtenção de prova, feita por escrito com cláusulas contendo objeto, condições, confidencialidade, multa, fornecimento de provas, direitos e deveres, renúncia recíproca das partes a direitos constitucionais, como o direito ao silêncio de uma parte e de suspensão da ação penal ou não oferecimento da denúncia (na presença de defensor), à do ângulo de um benefício que pode prever uma significativa diminuição, ou até mesmo a extinção da pena para o acusado que cooperar com a investigação.

Para tal mister, o colaborador deve, voluntariamente, prestar informações e cumprir os requisitos impostos pela legislação de regência. Pode-se exemplificar:

---

<sup>1</sup> Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-custo-brasil-da-corrupcao/>. Acesso em: 24.07.2017.

quando o colaborador aponta a presença de coautores e partícipes no que tange a organizações criminosas, no fornecimento de dados que favoreçam, por exemplo, a libertação do sequestrado em casos de extorsão mediante sequestro, localização de valores quando tratar-se de lavagem de capitais, dentre outras possibilidades.

O instituto é previsto tanto nos Tratados Internacionais de Palermo quanto de Nérida, todos da Convenção das Nações Unidas, Introduzidos no Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004 e pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, respectivamente.

Prevista e aceita também na Europa, América do Norte e do Sul, como informa Cibele Benevides Guedes da Fonseca (FONSECA, 2017, p.05) em “**A colaboração premiada compensa?**”, nos seguintes países Estados Unidos, Espanha, Inglaterra, Alemanha, Colômbia e Itália.

Cumpra-se destacar que a colaboração premiada poderá ser extrajudicial ou judicial. Naquela, o acordo colaborativo será feito na fase preliminar das investigações e pode ser firmado com Ministério Público ou com o Delegado de Polícia, necessitando de posterior homologação judicial pelo juiz competente, em atenção ao princípio do juiz natural.

Já em sua forma judicial, figuram como legitimados apenas o colaborador, seu defensor e o Ministério Público. O juiz não atua no processo de negociação entre as partes, contudo para que produza eficácia, esta também não prescinde de homologação do magistrado.

A partir da década de 90, com a previsão do instituto da colaboração premiada na Lei de Crimes hediondos, vários outros diplomas passaram a prevê-lo, exemplifica-se: a antiga Lei de Crime Organizado (Lei 9.034/95), Código Penal (no crime de extorsão mediante sequestro), Lei de lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), Lei de Proteção às Vítimas e testemunhas (Lei 9.807/99) e Lei de Drogas (Lei 11.343/06).

*Hic et nunc* interessa tão-somente a análise Lei 12.850/2013, que estabelece, de acordo com a regra do artigo 4º, que se o ato do colaborador produzir um ou mais resultados, previstos no dispositivo legal, o juiz poderá, a pedido do legitimado,

conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade ou substituí-la por penas restritivas de direitos.

No tocante ao perdão judicial, que gera a extinção da punibilidade, mas não reincidência, nos exatos termos dos artigos 107, IX, e 120 do Código Penal, poderá ser concedido a qualquer tempo, ainda que o benefício não tenha sido previsto na proposta inicial pelos legitimados. Trata-se tanto de um poder-dever, como um direito subjetivo desde que o colaborador preencha todos os requisitos previstos na Lei de Regência.

No entanto, caso haja a discordância do juiz quanto ao pedido de aplicação do perdão judicial, aplica-se a regra insculpida no artigo 28 do CPP, que estabelece a remessa dos autos ao Procurador-Geral, de Justiça ou da República, que decidirá de forma definitiva sobre o pedido, cabendo ao Poder Judiciário acatar essa decisão.

A colaboração poderá se dar também em momento posterior a sentença, onde a pena poderá ser reduzida até a metade ou a progressão de regime, conquanto ausente requisito objetivo.

Há também caso de maior relevância, que é a possibilidade do Ministério Público, titular da ação penal pública, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, deixar de oferecer a denúncia se o colaborador não for líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração. Bem como há também a possibilidade de prorrogação do prazo de oferecimento em relação ao colaborador, por até seis meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas da colaboração, a fortiori, há suspensão do prazo prescricional.

## **2 NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E SUJEITOS.**

Há um viés e o sustentamos, de que o acordo de colaboração premiada tem a natureza jurídica de “negócio jurídico processual híbrido”, com regras tanto de direito administrativo como de direito civil, haja vista a presença de um lado do Estado (Ministério Público/Delegado de Polícia) e de outro de agente (pessoa física) em regra criminoso, que presta informações sobre a organização criminosa o qual

pertenceu (uma vez que delator é logicamente afastado) em busca de benefícios seus e de seus familiares e, em maior relevância, vantagens indizíveis em prol especialmente da sociedade em termos de custo, logística, diligências complexas para o descobrimento da verdade dos fatos, trazendo economia, eficiência e racionalização dos procedimentos, diligências etc., para a atividade policial e ou judiciária.

Retomando o sentido endógeno do processo penal, a delação premiada é meio de obtenção de prova, conforme o artigo 3º da Lei 12.850/2013, para instrução processual destinada a - junto a outras provas - formar a convicção do julgador na culpa dos corréus delatados.

Os sujeitos podem ser ou o Ministério Público e os colaboradores (junto com a defesa) ou a autoridade policial e os colaboradores. Para nós esse é mais frágil e de maior cautela do juízo homologatório, por ter se aperfeiçoado em âmbito, um, de prisão preventiva às vezes e dois, em procedimento inquisitorial, passível em tese de intimidações, ameaças ou torturas.

Prosseguindo a tese, se devem as partes obedecer às regras de Direito Administrativo, considerando que o acordo esteja em pré-discussão no âmbito de um chefe de Órgão Público, - o Procurador Geral da República (MPF) e por consequência, tramitar no Supremo Tribunal Federal, deve o acordo ou pré-acordo além de obediência aos princípios de direito privado, insculpidos no artigo 104 do Código Civil em vigor, e seus requisitos de existência, validade e eficácia, obediência igualmente ao artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Isto é, a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá em acordo de colaboração premiada, como pode ocorrer no âmbito do CADE, CGU, TCU, CVM etc., aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e também aos princípios e valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a eficiência, proporcionalidade e razoabilidade, supremacia do interesse público, o devido processo legal dentre outros.

Quanto aos princípios constitucionais aos quais estão jungidos à Administração Pública, o professor José Afonso da Silva em “Comentários Contextuais à

Constituição” (SILVA, 2010, p.335) ensina o conceito de administração pública ao comentar sobre o artigo 37, *caput*, da Constituição que:

“Administração Pública” é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de administração pública, que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao poder político; em segundo lugar, que é meio – e, portanto, algo de que se serve para atingir fins definidos e em e terceiro lugar, denota dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do poder político e as operações, as atividades administrativas.

O jurista Uadi Lammêgos Bulos em “Constituição Federal Anotada” (BULOS, 2009, p.637) sobre as disposições gerais do artigo 37, *caput*, da Constituição afirma:

As disposições gerais destinam-se a traçar normas e princípios relativos à organização administrativa do Estado Federal brasileiro. Esta, por seu turno, comporta uma divisão vertical, como decorrência imediata do princípio federativo (arts. 1º, *caput*, e 18, *caput*) e outra divisão horizontal, pela qual a Administração é dividida em direta e indireta (art. 37, *caput*).

Tais disposições são rubricadas de gerais, porque não são peculiares a esta ou àquela entidade político-administrativa, porém comum a todas, indistintamente. Assim, a Constituição as desdobra entre as esferas da Administração Pública, dotando-lhes de um poder político próprio, exercido de maneira autônoma nos níveis federal, estadual distrital e municipal.

Assim, em acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público ou o Delegado com manifestação daquele, devem ser observadas as regras dirigidas à toda a Administração Pública em sua relação com terceiros, ou na edição de seus próprios atos.

Podemos afirmar com relativa tranquilidade que a observância da Constituição em todos os aspectos comuns ao direito processual e processual penal inclui a prevenção de nulidade e invalidades processuais.

Comentando sobre o assunto *Direitos Fundamentais Processuais*, Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Sarlet e Daniel Mitidiero, em “Curso de Direito Constitucional” (MARINONI, 2017, p.822) subscrevem, quanto ao âmbito de proteção com relação à segurança jurídica:

O Direito Processual sofre o influxo significativo do direito material também no que tange ao tratamento das invalidades processuais. É claro que o conceito de invalidade processual é comum ao processo civil e ao processo penal – ato inválido é aquele praticado com

infração relevante à forma e devidamente decretado pelo órgão jurisdicional. Pouco importam as divisões, no plano do processo, entre nulidades cominadas e nulidades não cominadas, nulidades absolutas, relativas e anulabilidade. No campo do processo importa tão somente a invalidade processual.

Agora, partindo para no enfoque multidisciplinar deste artigo, *ipso facto*, tocante ao Direito Administrativo, o saudoso professor Diógenes Gasparini em obra lapidar “Direito Administrativo” (GASPARINI, 2012, p.60) preleciona que:

Constituem princípios um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garante a validade (...) dentre eles os da finalidade (genérico e específico), supremacia do interesse público, razoabilidade.

Nesse mesmo diapasão o magistério de Maria Sylvia Zanella di Pietro em obra (PIETRO, 2016, p.91) não menos relevante no Direito Administrativo, pormenorizando o Regime Jurídico Administrativo que:

Não há possibilidade de estabelecer-se, aprioristicamente, todas as hipóteses em que a Administração pode atuar sob regime de direito privado; em geral, a opção é feita pelo próprio legislador, como ocorre com as pessoa jurídicas, contratos e bens de domínio privado do Estado. Como regra, aplica-se o direito privado, no silêncio da norma de direito público.

Há ainda outros princípios a observar o Ministério Público e analisado pelo Poder Judiciário constantes no Direito Penal e Processual Penal.

Temos por exemplo a posição do professor Cesar Roberto Bitencourt em “Manual de Direito Penal” (2001:49 ss.) onde o autor pontifica os princípios limitadores do poder punitivo estatal, dentre alguns merece destaque os da adequação social, ofensividade, proporcionalidade e humanidade.

Interessante também levar em consideração sobre o princípio da adequação social também nos casos de colaboração premiada, vez que há julgados em Tribunais Superiores mitigando alguns crimes (estupro de vulnerável, violação de direito autoral e casa de prostituição) como escreveu na Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal<sup>2</sup> a bacharel LUIZE Genari Pozzobon e a professora Renata Jardim da Cunha Rieger da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre (POZZOBON, 2017, p.108-122).

A doutrina de Guilherme de Souza Nucci em “Código de Processo Penal Anotado” (NUCCI, 2016, p.05) observa também alguns princípios como o princípio da vedação das provas ilícitas, do duplo grau de jurisdição, do promotor natural e imparcial, princípio do *ne bis in idem*, da busca da verdade real, princípio da oralidade, princípio da colegialidade, e no ponto alto de seu comentário, cotejando o Código de Processo Civil com o antiquado Código de Processo Penal aduz:

Consagração da supremacia constitucional. Observa-se já pelo art. 1º do novo CPC, a sua atualidade, em confronto com o art. 1º do CPP, antiquado e demonstrativo da necessidade de renovação. O processo civil, corretamente, deve ser aplicado conforme a Constituição Federal – e jamais a lei ordinária pode ter primazia sobre o Texto Magno. De outra parte, utilizaram-se os termos valores, mais amplos que princípios – embora este último pareça-nos mais adequado, e normas fundamentais, apontando para os direitos e garantias humanas fundamentais (art. 5º, CF) basicamente.

E para além da análise de validade e eficácia do negócio jurídico, ou da regularidade formal, voluntariedade e legalidade, bem como dos vícios do negócio jurídico (erro, dolo, coação, fraude, estado de perigo e lesão) entendemos que deve, tanto o Ministério Público quanto o Judiciário, ao enfrentar o tema em homologação ou sentença, verificar a constitucionalidade do acordo.

Uma vez que, partindo do pressuposto da normalidade, nada há que se acrescer, o problema exsurge quando há a possibilidade aliciamento ou cooptação de membro do Ministério Público ou do Judiciário, entendendo e considerando que o crime organizado também tem seu asseclas nos Poderes Públicos, assim, é possível a criação de uma pseudo-colaboração premiada que engendre em seu bojo, informações falsas elaboradas pelas partes e pelo Judiciário homologador, tornando juridicamente impossível sua posterior alteração.

Não se trata de violação ao princípio da inocência, da presunção da legitimidade e boa fé das pessoas e das instituições, e sim de considerar que excepcional também é o crime organizado que oferece milhões não somente para as autoridades na corrupção primária e secundária, mas também na terciária, que *concessa venia*, inclui os órgãos proponentes e homologatórios (Ministério Público e Poder Judiciário), do qual não podemos olvidar, nem muito menos subestimar a capacidade de engenho, criatividade e sedução do crime organizado.

### 3 LIMITES CONSTITUCIONAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Ministro José Antônio Dias Toffoli no julgamento do *leading case* HC nº 127483-PR, assim se posicionou sobre a colaboração e a homologação:

A homologação judicial constitui simples fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes.

Também, foi julgado no Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos dias 21, 22 e 29 de junho de 2017, a Petição (Pet) 7074, de Reinaldo Azambuja Silva contra o Ministério Público Federal onde foi Relator o ministro Edson Fachin em "Questão de ordem" formulada pelo governador do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da qual se contestou a distribuição da PET 7003 por prevenção ao INQ 4112, o qual teve por objeto fatos relacionados à operação Lava- Jato.

Decidiu-se, por maioria de votos, que o acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil. O dispositivo citado diz que “os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”.

Esse entendimento foi adotado pelos ministros Edson Fachin (relator), Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Celso de Mello e a presidente, ministra Cármen Lúcia. Ficaram vencidos, nesse ponto, os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

A Questão de Ordem na PET 7074 foi suscitada pelo ministro Edson Fachin, relator dos casos oriundos da Operação Lava-Jato, no Supremo, incluindo a delação premiada dos sócios do grupo empresarial J&F, para discutir os limites da atuação do relator na homologação de acordos de colaboração, bem como a questão da

sindicabilidade do controle das cláusulas acordadas com o Ministério Público Federal.

Em conjunto estava em julgamento o agravo regimental interposto pelo governador de Mato Grosso do Sul para questionar a distribuição da PET 7003, que trata da delação feita pelos sócios da J&F, por prevenção, para o ministro Fachin, e não por sorteio.

Foram quatro dias de debates em Plenário sobre diversos aspectos ligados à matéria, até que a maioria dos ministros concluiu no sentido de que o acordo de colaboração devidamente homologado individualmente pelo relator deve, em regra, produzir seus efeitos diante do cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, mas que ao órgão colegiado cabe eventual análise de sua legalidade, nos termos do artigo 966 (parágrafo 4º) do CPC.

Nos demais tópicos em análise, também por maioria, o Plenário entendeu que é atribuição do relator homologar, monocraticamente, o acordo de colaboração premiada, nos termos do artigo 4º (parágrafo 7º) da Lei 12.850/2013, sob os aspectos da regularidade, voluntariedade e legalidade, e que compete ao Tribunal Pleno analisar o cumprimento dos termos do acordo homologado e sua eficácia, conforme previsto no mesmo artigo 4º (parágrafo 11).

Quanto à distribuição por prevenção da PET 7003, a decisão foi unânime no sentido de manter o caso sob relatoria do ministro Edson Fachin. Os ministros concordaram que a distribuição por prevenção ao Inquérito 4112 e aos fatos investigados pela Operação Lava-Jato foi feita de forma legal e correta.

Tendo em conta que na PET 7003 são tratados fatos relacionados à homologação dos acordos de colaboração premiada celebrados entre executivos do Grupo Empresaria J&F com o Ministério Público Federal, sustenta, em síntese, que "não são todos os fatos e elementos constantes da colaboração premiada dos irmãos Batista e seus funcionários que se relacionam à operação Lava-Jato, a ponto de definir a prevenção". Entende que "as denúncias realizadas pelos colaboradores são exclusivamente vinculadas ao pagamento de propina para liberação de termos de convênio e benefícios de ICMS, exclusivamente". Nessa linha, conclui que não há qualquer menção à prática de atos pelo requerente relacionados com operação

Lava-Jato, como Petrobras, pagamento de benefícios indevidos a parlamentares ou outros no âmbito de análise da referida operação.

Requeru-se, por fim, o reconhecimento de "que não há conexão entre os fatos e condutas imputadas ao requerente mencionados na PET 7003 e aqueles objeto de apuração do Inquérito 4112, 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".

O Ministro relator, nos termos do artigo 21, incisos I e III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), recebeu a manifestação como agravo regimental e solicitou pauta para submissão do seu julgamento ao Plenário da Corte.

Em discussão esteve em pauta saber se justifica-se a distribuição, por prevenção, da PET 7003, em razão do INQ 4112.

Nossa Petição como terceiro interessado (peças nº 36 dos autos) neste processo, representando no exercício do direito de petição e como advogado defensor do Estado Democrático de Direito, interesse público de milhões de contribuintes do PIS-PASEP, objetivava a anulação parcial do pré-acordo de colaboração premiada, por clarividente violação aos princípios constitucionais da razoabilidade, do interesse público etc., especialmente por ter o colaborador mudado de país sem pelo menos uso de monitoração eletrônica, em eventual convênio com o FBI pelo Departamento de Justiça Americano.

Se questionável juridicamente nossa participação, é exatamente o que propugna Dirley da Cunha Júnior em "interpretação constitucional e a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle", (2015:192) afirmando que "para Häberle a interpretação constitucional deve ser desenvolvida sob a influência da teoria democrática, no âmbito da qual todo cidadão ativo, grupos, opinião pública e demais potências públicas representam forças produtivas de interpretação".

Idêntica posição defende Luis Roberto Barroso em "Curso de Direito Constitucional Contemporâneo" (BARROSO, 2016, p.164) de que: "(...) a presença de enunciados normativos de textura aberta, conceitos jurídicos indeterminados,

como interesse social, dignidade da pessoa humana, ordem pública, tornam o intérprete coparticipante no processo de criação do direito”.

Agindo, *pari passu*, como coadjuvantes no processo constitucional de interpretação democrática constitucional, o cidadão ou suas organizações sociais refletem o “todo poder emana do povo”, daí, pois o fundamento da participação do cidadão e ou do advogado como defensor também da Constituição.

Pois bem.

Neste artigo a tese do autor é de que a homologação de delação ou colaboração premiada deva ser formal e constitucional pelo relator, e não apenas observado seus aspectos afetados ao Direito Civil como pressupostos contratuais, assim, entendemos que em sendo negativo qualquer ilegalidade e não havendo qualquer inconstitucionalidade, haja a remessa *incontinenti* ao Pleno do STF para a deliberação e voto sobre a sua constitucionalidade e aí sim se passa à análise da validade, existência e eficácia, repisa-se, não a mera legalidade e sim sua Constitucionalidade, excluindo quaisquer possíveis ameaças ou violações a valores e princípios constitucionais.

Nossa tese se assenta, primeiro no dever constitucional de guarda da constituição conferida ao Supremo Tribunal Federal pelo *caput* do artigo 102 da Constituição Federal, em segundo na aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo Penal, autorização dada pelo comando do artigo 3º do Código de Processo Penal, uma vez que os artigos 1º e 8º do Código de Processo Civil, tratam de interpretação e aplicação no processo de princípios e valores constitucionais, e por se tratar de norma umbilicalmente ligada aos direitos fundamentais e ao devido processo legal.

A importância do controle de constitucionalidade, mesmo diante de acordo de colaboração premiada, merece reflexão, a uma pela possível ocorrência de inconstitucionalidade em momento posterior de prolação da sentença, e duas pelos efeitos vinculantes aos Tribunais inferiores do Sistema Judiciário Nacional.

Vale dizer: deve o Supremo Tribunal Federal (ou deveria, pois julgado o *leading case*) exercer o controle constitucional de todos os atos (entenda-se processos

judiciais sub judice) jungidos à sua competência, porquanto, magistrados e Tribunais usaram total ou parcialmente suas razões de decidir em suas sentenças e acórdãos.

Impedir o magistrado ou Tribunal de rever a colaboração premiada é conceder, *maxima venia*, um poder muito maior ao Ministério Público ou ao delegado de polícia, maior do que o querido pelo legislador.

Juarez Freitas, professor titular da PUC do RGS e da UFRGS, em participação de obra organizada por Virgílio Afonso da Silva (interpretação Constitucional) com o título de “A melhor interpretação constitucional” (SILVA, 2010, p.317) nos oferece uma fórmula ao aplicador e intérprete do Direito, em casos de ponderação de princípios, *hard cases* e em decisões de Supremas Cortes com *elevado gradiente de conteúdo político- moral*: “ As melhores interpretações são as que sacrificam o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais”.

O sistema de pesos e contrapesos, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e a mitigação do monopólio absoluto do Ministério Público, são instrumentos, quer de democracia participativa, quer de amadurecimento e razoabilidade do controle do poder por todos os partícipes do Poder Uno Estatal, que possibilitam mais benefícios do que os eventuais prejuízos de uma colaboração premiada construída ofendendo a razoabilidade, a isonomia, os princípios constitucionais etc.

É o que o professor José Joaquim Gomes Canotilho em “Direito Constitucional e Teoria da Constituição” (CANOTILHO, 2003, p.246) afirma quando aborda a questão da vinculação de todos os actos do estado à Constituição, ao afirmar que “o princípio da constitucionalidade não é apenas uma exigência que tactos dos poderes públicos não violem por acção as regras e princípios constitucionais”, assim, embora está o autor a teorizar sobre a Constituição Portuguesa de 1976 – que serviu de inspiração para inclusive a estruturação da nossa constituição de 1988 com preâmbulo, princípios e regras - aplica-se ao nosso sistema.

Em suma: O Supremo Tribunal Federal na primeira oportunidade que teve de abordar *ex officio* a constitucionalidade da colaboração premiada avançou timidamente na empreitada, *ictu oculi*, apenas notando ilegalidades na colaboração, baseadas na Lei 12.850/2013, olvidando assim, seu papel crucial para definir as

balizas à primeira e segunda instância do Poder Judiciário Nacional, deixando desse modo de efetuar o controle constitucional como preceitua a Constituição.

## CONCLUSÕES

O objetivo deste artigo foi discutir a tese (problemática) se na análise da colaboração premiada (negócio jurídico processual híbrido) pelo Supremo Tribunal Federal como defensor precípua da Constituição.

Devia o Pretório Excelso neste entendimento observar os princípios constitucionais (dentre outros o da razoabilidade, supremacia do interesse público, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, eficiência) da colaboração premiada acordada entre colaboradores e Ministério Público (Procurador Geral da República).

E não somente os critérios da validade, existência e eficácia, regularidade formal, legalidade e voluntariedade, mormente considerando que a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal serve de parâmetro para a primeira e a segunda instância do Poder Judiciário.

Assim, concluímos nossa tese no sentido que realmente deve o Supremo Tribunal Federal, pelo relator somente verificar as condições regularidade e voluntariedade, inclusive com eventual oitiva do colaborador, e meio do Plenário submeter o mérito das colaborações premiadas de sua competência ao crivo da Constituição, incluindo valores e princípios e regras de devido processo legal.

Uma vez que as implicações de suas decisões podem causar eventualmente, futura impugnação por violação à princípios e normas constitucionais, trazendo impunidade, ineficiência e insegurança jurídica.

Embora no julgamento do *leading case* tenha evidenciado uma mitigação do poder do Supremo e uma ratificação do monopólio do Ministério Público sobre o conteúdo, notadamente dos benefícios dos colaboradores, acreditamos que casos surgirão em que novamente poderá ou deverá o Supremo se pronunciar sobre o tema, considerando a baixa vincularidade dessa última decisão ao Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009.
- BITENCOURT, Cesar Roberto em **Manual de Direito Penal**. São Paulo, Saraiva, 2001.
- BULOS, Uadi Lammêgos. **Constituição Federal Anotada**. 9ª ed.rev. e atual. até Emenda Constitucional nº 57 de 2008. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**.3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª Ed. Editora juspodivm, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FONSECA , Cibele Benevides Guedes Da. **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em: 30 de junho de 2017.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª Edição. Atualizada por Fabricio Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARINONI, Luíz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Anotado**.15ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de JANEIRO: Forense, 2016.
- POZZOBON, Luize Genari, CUNHA RIEGER, Renata Jardim. Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, ano XVII.n.102,fev-mar, 2017: p.108-122.
- SANTOS, André Luiz da Silva dos. **Mãos Limpas e Lava Jato: alternativas no combate à corrupção**. São Paulo: USP, 2017. 214 f. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação. Direito Econômico, financeiro e Tributário. São Paulo, 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Comentários Contextuais à Constituição**. 33ª edição. Revista e atualizada até Emenda Constitucional nº 62. Malheiros. 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da, **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**, in Virgílio Afonso da Silva (org.), São Paulo : Editora Malheiros, 2003.