

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

ARGUENTE

PARTIDO DOS TRABALHADORES

OBJETO

PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS À INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO
INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

SUMÁRIO

I. NOTA PRÉVIA

II. INTRODUÇÃO

III. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

III.I. DA LEGITIMIDADE E DO FUNDAMENTO

III.II. DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

III.III. DOS ATOS NORMATIVOS E JURISDICIONAIS IMPUGNADOS

III.IV. DA INEXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO EFICAZ PARA SANAR A LESIVIDADE

**IV. DA TESE QUE SUBJAZ O MANEJO DA PRESENTE ADPF: O EFEITO
CLIQUET E OS DIREITOS COMO TRUNFOS NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL**

**V. DAS INCONSTITUCIONALIDADES VERIFICADAS NA APLICAÇÃO DO
INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA**

V.I. PRIMEIRA HIPÓTESE: *DELAÇÃO CRUZADA*

V.II. SEGUNDA HIPÓTESE: *ORDEM DE MANIFESTAÇÃO E DE OITIVA DO DELATADO*

**V.III. TERCEIRA HIPÓTESE: *LIMITAÇÃO DAS CLÁUSULAS POSSÍVEIS EM UM
ACORDO DE DELAÇÃO***

V.IV. QUARTA HIPÓTESE: *DELAÇÃO VENAL*

**V.V. QUINTA HIPÓTESE: *POSSIBILIDADE DE TERCEIROS IMPUGNAREM
ACORDOS DE COLABORAÇÃO***

V.VI. SEXTA HIPÓTESE: *DELAÇÃO DE RÉU EM PRISÃO CAUTELAR ILEGAL*

**V.VII. SÉTIMA HIPÓTESE: *DESPROPORCIONALIDADE NO TRATAMENTO LEGAL
DO COLABORADOR TARDIO***

VI. MODULAÇÃO DE EFEITOS

VII. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

VIII. CONCLUSÃO

IX. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

PARTIDO DOS TRABALHADORES, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 00.676.262/0001-70, com sede no Setor Comercial Sul, Quadra 2, Bloco C, nº 256, 1º andar, Ed. Toufic, na Asa Sul, em Brasília/DF, CEP 70302-000, neste ato representado por sua Presidenta Nacional, Deputada Federal GLEISI HOFFMANN, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por meio de seus advogados signatários, com fundamento nos artigos 102, § 1º, e 103, inciso VIII, ambos da Constituição, assim como na Lei nº 9.882/99, propor a presente

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO
DE PRECEITO FUNDAMENTAL
*com medida cautelar***

com o propósito de *evitar e reparar* lesão a preceitos fundamentais, consistentes num conjunto de garantias processuais individuais, aliado ao princípio da segurança jurídica, em face de atos do Poder Público – abstratamente, dispositivos da lei; concretamente, diversos acordos de delação celebrados pelo Ministério Público e homologados pelo Poder Judiciário –, conforme ilustra um repertório de sete situações, fundado em casos concretos, que apontam a controvérsia constitucional envolvendo a aplicação de dispositivos legais relativos ao instituto da colaboração premiada (Lei nº 12.850/13, alterada pela Lei nº 13.964/19), para os quais se requer a fixação de ***interpretação conforme a Constituição***, pelas razões que passa a expor:

I NOTA PRÉVIA

O que andou preso me disse
que dissera o Carcereiro,
que dissera o Capitão...
(Mas pareceu-lhe parvoíce,
e não delatou primeiro
porque não teve ocasião...)

E mais: porque o Carcereiro
depois passara a Meirinho...
E o Capitão, do Ouvidor
fora sempre companheiro...
E que, por esse caminho,
ia-se ao Governador...

Mas agora, que o Meirinho,
o Capitão mais o preso
são da mesma condição...
Já que não têm mais padrinho,
posso fazer com desprezo
a minha declaração.

Digo o que me disse o preso,
que de outro já o tinha ouvido,
que o ouvira de outro...
Não são máximas de grande peso:
mas tudo, bem entendido,
pode envolver sedição.

Eu digo – por ter ouvido –
que os filhos do Reino, em breve,
cativos aqui serão.
Tenha ou não tenha sentido,
quem a dizê-lo se atreve
merece averiguação.

**A minha denúncia é breve,
pois nem sei se houve delito,
nem se era conspiração.
Mas, se ninguém os escreve,
aqui deixo, por escrito,
os nomes que adiante vão.**

**Haja ou não haja delito,
esses nomes assinalo,
e escrevo esta relação.
O que outros dizem, repito.
E apenas meu nome calo,
por ser o mais fiel vassalo,
acima de suspeição.**

*Romance XLI ou Dos Delatores,
Romanceiro da Inconfidência,
Cecília Meireles, 1953.*

II INTRODUÇÃO

- 1 Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposta pelo PARTIDO DOS TRABALHADORES, cujo objeto diz respeito à interpretação constitucional de dispositivos da Lei nº 12.850/13 relativos ao instituto do acordo de colaboração premiada, que consiste em negócio jurídico processual destinado à obtenção de provas, tendo em vista sua pressuposta utilidade e interesse público no âmbito do sistema de justiça criminal.

- 2 O manejo da presente arguição, como será explicitado mais adiante, funda-se na premissa de que a jurisdição constitucional constitui o campo apropriado para a conquista de direitos e consolidação de avanços democráticos, especialmente quando se trata da proteção de liberdades e garantias fundamentais.
- 3 Como se sabe, a colaboração premiada é um instituto do ordenamento jurídico brasileiro que foi incorporado de forma expressa pela Lei nº 8.072/90 e passou por importante evolução ao longo dos últimos trinta anos. No entanto, mesmo com o aperfeiçoamento levado a cabo pela promulgação da Lei nº 13.964/19, ainda persiste um conjunto de hipóteses e situações relacionadas à sua aplicação – todas elas serão ilustradas a partir de casos concretos que comprovam a violação dos preceitos fundamentais – que evidencia uma relevante e abrangente controvérsia constitucional envolvendo a realização das delações, o que demanda o exame por parte desta Suprema Corte, justificando seu pronunciamento sobre a matéria.
- 4 É importante deixar claro, desde logo, que o objetivo desta arguição não é a desconstituição de acordos de colaboração premiada, mesmo porque o controle concentrado de constitucionalidade não se presta, propriamente, à revisão de casos concretos.
- 5 Portanto, o que se busca, por meio da técnica da *interpretação conforme a Constituição*, é a fixação de parâmetros que sirvam como limites constitucionais à aplicação do instituto da colaboração premiada – sempre em consonância com entendimentos já existentes nesta Corte – e, assim, proporcionem a segurança jurídica pretendida por todo sistema jurídico democrático.
- 6 Assim, como se verá, a finalidade desta arguição reside em *evitar e reparar* lesão às garantias processuais individuais, diante de atos do Poder Público – seja a lei, abstratamente; sejam os acordos de delação, concretamente, celebrados à revelia da ordem constitucional –, de tal maneira que a interpretação e aplicação da colaboração premiada ocorra em conformidade com os princípios e direitos fundamentais que estruturam o Estado Democrático de Direito.

III PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

- 7 A proposição e o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental dependem do preenchimento dos pressupostos processuais exigidos pela Lei nº 9.882/99. *In casu*, todas as exigências legais foram atendidas e devidamente satisfeitas, conforme se passa a explicitar.

III.I DA LEGITIMIDADE E DO FUNDAMENTO

- 8 O PARTIDO DOS TRABALHADORES mantém representação no Congresso Nacional e, portanto, possui legitimidade ativa para a proposição desta ação, segundo dispõe o artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, combinado com o artigo 103, inciso VIII, da Constituição.
- 9 Como se sabe, de acordo com a jurisprudência desta Suprema Corte, os partidos políticos são considerados legitimados ativos universais, podendo questionar a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo, a despeito da existência de vínculo entre os objetivos do proponente e o pedido deduzido ao final da ação.
- 10 Por meio desta arguição, como já mencionado, pretende-se a fixação de *interpretação conforme a Constituição*, com o intuito de *reparar* e – sobretudo – *evitar* a lesão de um catálogo de preceitos fundamentais, em face de atos do Poder Público, ilustrados a partir de sete situações concretas que evidenciam práticas manifestamente inconstitucionais quando da aplicação do instituto da colaboração premiada e, assim, conferem concretude à controvérsia judicial trazida ao conhecimento da Suprema Corte.
- 11 Portanto, seu fundamento concentra-se de maneira especial no caráter preventivo – expressamente assumido pelo legislador no artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99 – que constitui um dos traços distintivos da arguição de descumprimento de preceito fundamental em relação às demais ações no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.

III.II

DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

- 12** É sabido que a Constituição, assim como a Lei nº 9.882/99, absteve-se de indicar ou mesmo delimitar os preceitos fundamentais do ordenamento constitucional. Essa lacuna legislativa exigiu que esta Corte, ao longo dos últimos vinte anos, contruísse um entendimento a respeito da abrangência e do alcance desse conceito.
- 13** Com lastro na melhor doutrina, alguns consensos se formaram e se consolidaram na jurisprudência. Um deles, provavelmente o mais conhecido, é que os preceitos fundamentais englobam direitos e garantias constitucionais, especialmente aqueles cujo exercício se relaciona aos princípios que caracterizam o Estado Democrático de Direito¹. Ou seja, quando se fala em preceitos fundamentais, implícita ou explicitamente, sempre estaremos a tratar de princípios constitucionais que se vinculam, de alguma forma, à proteção dos direitos fundamentais.
- 14** *In casu*, os preceitos fundamentais violados contemplam um **conjunto de garantias processuais individuais**, encerradas no catálogo do artigo 5º da Constituição de 1988. São elas: **igualdade** (*caput*); **legalidade** (II); **inviolabilidade da intimidade** (X e XII); **inafastabilidade do Poder Judiciário** (XXXV); **irretroatividade da lei penal** (XL); **individualização e proporcionalidade da pena** (XLVI); **juiz natural** (LIII); **devido processo legal** (LIV); **contraditório e ampla defesa** (LV); **vedação da prova ilícita** (LVI); **presunção de inocência** (LVII); **reserva de jurisdição** (LXI); **direito ao silêncio e à não-autoincriminação** (LXIII); **relaxamento da prisão ilegal** (LXV); **cabimento de habeas corpus diante de ameaça à liberdade de locomoção, ilegalidade ou abuso de poder** (LXVIII), para citar apenas essas, além dos preceitos da **separação dos poderes** (art. 2º, CR) e da **indisponibilidade do interesse público** (art. 37, CR).

¹ Ver, por todos, ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

- 15 Ademais, entre os preceitos fundamentais descumpridos, também se encontra o princípio da **segurança jurídica**, sobre o qual se alicerça todo o sistema de justiça desde a formação do Estado de Direito, ainda na aurora da Modernidade.
- 16 De todo modo, os preceitos violados serão apontados, individualmente, à medida que forem apresentadas as hipóteses e situações cuja interpretação e aplicação do instituto da colaboração premiada implica ofensa à Constituição.

III. III

DOS ATOS NORMATIVOS E JURISDICIONAIS IMPUGNADOS

- 17 Os atos do poder público impugnados na presente arguição apresentam dupla natureza, visto que envolvem – abstrata e concretamente – a interpretação e aplicação do instituto da colaboração premiada, abarcando uma dimensão normativa e outra jurisdicional:
- de um lado, os dispositivos legais previstos na Seção I do Capítulo II da Lei nº 12.850/13 (artigo 3º-A ao artigo 7º), cujos textos comportam normas que violam, *a priori*, inúmeras garantias fundamentais do cidadão, dependendo da interpretação e aplicação que se fizer do instituto da colaboração premiada;
 - de outro, a existência de uma série de acordos de colaboração premiada, celebrados pelo Ministério Público, resultantes de práticas que, *a posteriori*, ofendem concretamente a Constituição, evidenciando, assim, inegável e relevante controvérsia sobre a adequada interpretação e aplicação dos referidos dispositivos legais.
- 18 Registre-se, ainda, que não é novidade nesta Corte o manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental para enfrentar um conjunto de decisões judiciais inconstitucionais. Nesse sentido, em 2017, este Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF 387, cujo objeto envolvia decisões prolatadas pela Justiça do Trabalho do Piauí, em primeira e segunda instâncias, que atentavam contra preceitos

fundamentais relativos ao regime financeiro e orçamentário de sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos estatais².

- 19 Não se desconhece que, como regra, decisões judiciais devam ser impugnadas pelos meios recursais próprios. Entretanto, a problemática que se pretende analisada por meio da presente arguição não visa à reanálise de casos em específico, **mas sim à incompatibilidade entre entendimentos e interpretações reiteradas na esfera jurisdicional que atentam contra preceitos fundamentais.** Conforme a lição de LUÍS ROBERTO BARROSO:

Relativamente aos atos jurisdicionais, como regra geral deverão eles ser impugnados mediante os recursos cabíveis. Como regra, será necessário esgotá-los sem sucesso para se superar o óbice do art. 4º, § 1º, quanto à inexistência de outro meio para sanar a lesividade. **Todavia, em casos gravíssimos de erro in procedendo e in iudicando, com ameaça ou lesão a preceito fundamental e havendo relevância na controvérsia constitucional, não sendo possível produzir o resultado constitucionalmente adequado pelos mecanismos do processo subjetivo, será possível cogitar do cabimento de ADPF³.**

- 20 Na mesma linha, o ministro GILMAR MENDES já destacou que a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi instituída com o propósito de suprir uma lacuna, que permanecia imune à aplicação do controle

² “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Ato lesivo fundado em decisões de primeiro e de segundo grau do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região que determinaram bloqueio, penhora e liberação de valores oriundos da conta única do Estado do Piauí, para pagamento de verbas trabalhistas de empregados da Empresa de Gestão de Recursos do Estado do Piauí S/A (EMGERPI). 3. Conversão da análise do pedido de medida cautelar em julgamento de mérito. Ação devidamente instruída. Possibilidade. Precedentes. 4. É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial. Precedentes. 5. Ofensa aos princípios constitucionais do sistema financeiro e orçamentário, em especial ao da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF), aos princípios da independência e da harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF) e ao regime constitucional dos precatórios (art. 100 da CF). 6. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente*” (ADPF 387, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, STF, julgada em 23/3/2017).

³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 337.

direto de constitucionalidade, ocasionando a repetição de processos, a demora na definição de decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e o fenômeno denominado *guerra de liminares*⁴.

- 21** Conforme já antecipado, esta arguição propõe-se a evitar delações que ofendem as garantias fundamentais individuais, colocando em xeque a segurança jurídica. Mais do que isso, objetiva-se coibir interpretações inconstitucionais que conduzam a práticas arbitrárias quando da aplicação do instituto da colaboração premiada.
- 22** Tal conjuntura demonstra a relevância da controvérsia judicial em torno do instituto de colaboração premiada, cuja aplicação pressupõe utilidade e interesses públicos. Todavia, não é possível que o argumento da otimização das investigações criminais e da efetividade do processo penal prevaleça sobre as garantias fundamentais asseguradas pela Constituição.
- 23** Afinal, *como conter o gozo da sociedade sem ser tirânico?* Eis a grande questão, formulada pelo psicanalista ALFREDO JERUSALINSKY. Nas democracias constitucionais, a legitimidade do exercício do direito de punir depende, inevitavelmente, da observância de todas as garantias processuais penais do cidadão.

III.IV

DA INEXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO EFICAZ PARA SANAR A LESIVIDADE

- 24** A arguição de descumprimento de preceito fundamental ora proposta aproxima-se de sua concepção originária, inspirada no agravo constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*), que se destina à proteção dos preceitos constitucionais diante de atos do poder público, com o intuito de preservar a segurança jurídica na aplicação das normas e, assim, a própria supremacia constitucional⁵.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 19.

⁵ ABBOUD, *op. cit.*, p. 521 e segs.

- 25 Todavia, o requisito da **subsidiariedade**, previsto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, exige a inexistência de outro meio processual para sanar a controvérsia com caráter abrangente e imediato.
- 26 *In casu*, como já se viu, a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental se funda, simultaneamente, em **atos do poder público** que abrangem, de um lado, **atos normativos**, à medida que a discussão envolve diretamente a interpretação de dispositivos da Lei nº 12.850/13; e, de outro, **atos jurisdicionais**, haja vista que também contempla inúmeros acordos de colaboração premiada, celebrados pelo Ministério Público e homologados pelo Poder Judiciário, que resultam da aplicação das mencionadas leis.
- 27 Na verdade, o repertório de casos concretos – que comprovam as violações aos preceitos fundamentais e ilustram as situações impugnadas – evidencia a relevância da controvérsia constitucional envolvendo a aplicação de dispositivos legais relativos ao instituto da colaboração premiada, tal qual exige o artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99.
- 28 Nesse sentido, cumpre referir que, ao julgar a Medida Cautelar na ADPF 405/RJ, de relatoria da ministra ROSA WEBER, esta Suprema Corte já entendeu que um conjunto de decisões emanadas de tribunais estadual e federal poderia configurar ato do poder público passível de controle concentrado pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental.
- 29 A mesma particularidade pode ser observada no julgamento da ADPF 33/PA, de relatoria do ministro GILMAR MENDES, em que esta egrégia Corte referiu que a admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental também se vincula à “relevância do interesse público presente no caso”, sendo, ainda, um meio processual que “configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal”.
- 30 Os referidos precedentes – cujo dever de observância também recai sobre esta Corte de Vértice (RE nº 655/265/DF, Red. Min. EDSON

FACHIN) – revelam que a arguição de descumprimento de preceito fundamental possui um parâmetro de controle mais restrito do que outras ações, porém, ao mesmo tempo, um objeto de controle mais amplo, visto que abarca os atos do poder público em geral, ultrapassando a esfera dos atos normativos.

- 31** Registre-se, por oportuno, que existe uma similitude ontológica entre a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental: ambas são ações de controle objetivo, face aos efeitos. Ocorre que a arguição de descumprimento de preceito fundamental possui um *plus* em relação à abstração que caracteriza a ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que também abrange violações concretas a preceitos fundamentais, tal qual se verifica no caso ora proposto, que envolve um conjunto de acordos de colaboração premiada celebrados e homologados a partir de interpretação e aplicação inconstitucionais da Lei nº 12.850/13.
- 32** Nesse contexto, considerando essa duplicidade que caracteriza os atos do Poder Público ora impugnados – que, portanto, transcende o controle objetivo proporcionado pela ação direta de inconstitucionalidade –, a presente arguição exsurge como o único meio processual eficaz para solucionar, de forma ampla, geral e imediata, lesões a preceitos fundamentais⁶.
- 33** Em síntese: ainda que as ilegalidades pudessem ser, caso a caso, enfrentadas pela via do *habeas corpus*, os atos do poder público ora impugnados – concreta e objetivamente – requerem um provimento jurisdicional que ponha fim à controvérsia em sede de controle concentrado. Trata-se, com efeito, da necessidade de **abstrativização** da questão sob exame, a fim de que se produzam eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, assegurando, com isso, a todos os cidadãos, acesso direto à Corte, pela via da reclamação (art. 13, Lei 9.882/99), em caso de descumprimento da interpretação constitucional a ser deliberada pelo Supremo Tribunal Federal.

⁶ ADPF nº 388, Rel. Min. GILMAR MENDES, STF, julgado em 1/8/2016.

IV

DA TESE QUE SUBJAZ AO MANEJO DA PRESENTE ADPF:
O EFEITO CLIQUET E OS DIREITOS COMO TRUNFOS
NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

- 34 Ao longo das últimas décadas, o Supremo Tribunal Federal desempenhou papel determinante na concretização da Constituição de 1988, especialmente no reconhecimento de *trunfos* quando se trata de proteger direitos e garantias fundamentais. E, para tanto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental vem cumprindo aquela que poderia ser considerada sua *função social*.
- 35 Esse protagonismo exercido pela Corte, por meio da jurisdição constitucional, pode ser observado a partir das decisões prolatadas nas **ADPFs nº 54, 132, 347, 395 e 444**, nas quais se estabelecem parâmetros interpretativos voltados à aplicação de normas infraconstitucionais, levando em conta o interesse público e comum envolvido. Vejamos alguns exemplos.
- 36 No julgamento da **ADPF 54/DF**, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, esta Corte considerou a interrupção da gravidez de feto anencefálico uma causa de exclusão de ilicitude. Essa decisão, como se sabe, simbolizou um importante avanço no Direito brasileiro, especialmente no que se refere à saúde, à autonomia e à liberdade da mulher. A partir dela, aliás, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1989/2012, estabelecendo as diretrizes para o diagnóstico e a interrupção de gravidez em casos de anencefalia.
- 37 Em sentido semelhante, ao julgar procedente a **ADPF 132/RJ**, o Supremo Tribunal Federal conferiu *interpretação conforme a Constituição* ao artigo 1.723 do Código Civil, para reconhecer a entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo. Entre seus inúmeros efeitos, a decisão levou à aprovação da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que autorizou a celebração de casamentos civis homoafetivos em cartórios de todo país. Essa decisão também materializou um grande progresso no âmbito dos direitos civis, promovendo a proteção de

direitos individuais historicamente sonegados pela legislação infra-constitucional.

- 38** Ainda, na **ADPF 347/DF**, a Suprema Corte reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Além de determinar providências ao Fundo Penitenciário Nacional, regulamentar a realização de audiências de custódia e orientar providências aos tribunais estaduais, essa paradigmática decisão também produziu efeitos na jurisdição da própria Corte, conforme se observa, por todos, do julgamento do HC 186.421/SC, de relatoria do ministro CELSO DE MELLO⁷. Ademais, é inegável que a referida decisão não apenas impacta diretamente a matéria em questão, como também promove o aperfeiçoamento de todo o sistema constitucional de direitos e garantias.
- 39** Igualmente, a partir das **ADPFs 395 e 444**, esta Corte declarou que o procedimento de condução coercitiva não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Tal decisão teve inúmeros reflexos práticos,

⁷ “Habeas Corpus impetrado contra decisão monocrática que indefere liminar em Tribunal Superior. Súmula 691/STF. Superação. Situação excepcional. Prisão em flagrante. Audiência de custódia. Covid-19. Observância obrigatória. Convenção Americana de direitos humanos – Pacto de São José da Costa Rica. Pacto de Direitos Civis e Políticos. Direito fundamental do preso. Possibilidade de realização por videoconferência. Ausência de norma legal proibitiva. Conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício pelo magistrado. Violação do sistema acusatório. Arts. 5º, LIII, LV, LIX, 93, 129, i, e 133, da Constituição Federal. Arts. 282, §§ 2º e 4º, 310, 311 e 312 do Código de Processo Penal. Poder geral de cautela. Ilegalidade. Ocorrência. Concessão da ordem de ofício. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da superação da Súmula 691/STF nas hipóteses em que se evidencie a existência de flagrante ilegalidade ou abuso de poder na decisão hostilizada. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347-MC, assentou, em provimento de eficácia geral e vinculante, a obrigatoriedade da realização da audiência de apresentação em caso de prisão em flagrante. Trata-se de direito subjetivo do preso decorrente dos artigos 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como do artigo 310 do Código de Processo Penal [...] 7. O auto de prisão em flagrante é procedimento de natureza administrativa, em que a autoridade policial limita-se a observar as formalidades legais para a sua lavratura (arts. 304 e seguintes do CPP), sem tecer consideração sobre a necessidade e a adequação da prisão preventiva, espécie com pressupostos e requisitos distintos (art. 311 e seguintes do CPP). Faz-se, portanto, necessário pedido, formal e expresso, da autoridade policial ou do Ministério Público, em audiência de custódia, para a imposição da prisão preventiva pelo magistrado. 8. O poder geral de cautela não autoriza o agir do Juiz por iniciativa própria quando em detrimento da liberdade individual. No processo penal, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário o respeito à legalidade estrita e às garantias fundamentais. Doutrina. Precedentes. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.” (HC 186.421/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, STF, j. 20/10/2020).

impactando toda a produção normativa subsequente do próprio Tribunal, ao possibilitar acesso direto por parte de todos os cidadãos lesados, como é o caso da Rcl 33.711/SP (Rel. Min. GILMAR MENDES)⁸.

- 40 Qual o denominador comum entre essas cinco ADPFs? Simples. Todas elas produziram consequências jurídicas que transcenderam – e muito – os efeitos das decisões, tradicionalmente verificados no âmbito da jurisdição constitucional, ainda que *vinculantes* e *erga omnes*.
- 41 Essas decisões da Suprema Corte representam **verdadeiras conquistas alcançadas no campo do Direito**, pela via da jurisdição constitucional, **ao consolidar direitos e garantias fundamentais que impõem sua estrita observância pelos poderes públicos, instituindo uma cultura de respeito, defesa e fiscalização dos preceitos tutelados**.
- 42 Trata-se, portanto, de decisões que **afirmam** direitos e garantias e, por isso, constituem um “**piso hermenêutico**”⁹, formando um “caminho sem retorno” na construção da história dos preceitos fundamentais tutelados pela Constituição, cujo descumprimento acarretaria manifesto **retrocesso social**.

⁸ “Reclamação. 2. Alegação de violação ao entendimento firmado nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 395 e 444. Cabimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deu sinais de grande evolução no que se refere à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas. No julgamento da questão de ordem em agravo regimental na Rcl 1.880, em 23 de maio de 2002, o Tribunal assentou o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízos resultantes de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado 3. Reclamante submetido a “entrevista” durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão. Direito ao silêncio e à não autoincriminação. Há a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação, estabelecidos nas decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, com a realização de interrogatório forçado, travestido de ‘entrevista’, formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo, nos termos da legislação e dos precedentes transcritos [...] 5. Reclamação julgada procedente para declarar a nulidade da ‘entrevista’ realizada e das provas derivadas, nos termos do art. 5º, LVI, da CF/88 e do art. 157, § 1º, do CPP, determinando ao juízo de origem que proceda ao desentranhamento das peças” Rcl 33.711/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, STF, julgado em 11/6/2019.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Forense, 2018.

- 43 Eis o que, no direito francês, também se conhece como ***efeito cliquet***, a partir da Decisão nº 83-165 DC, de 21 de janeiro de 1984, do *Conseil Constitutionnel*. Literalmente, *cliquet* consiste em pinos de sustentação que só permitem aos alpinistas o movimento de subida. Esse mecanismo de segurança garante que sejam alcançados novos e mais altos objetivos à medida que se avança.
- 44 Isso não constitui nenhuma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, no qual o *efeito cliquet* encontra-se incorporado ao princípio da *vedação de retrocesso social*, que vem sendo amplamente reconhecido e aplicado por esta Suprema Corte, desde o julgamento da ADI 3.105 (Rel.^a Min.^a ELLEN GRACIE), que tratava da contribuição previdenciária de servidores públicos, e da ADI nº 1.946 (Rel. Min. SYDNEY SANCHES), que discutia a fixação de teto aos benefícios pagos pela Previdência Social.
- 45 Agregue-se a isso a ideia de que ***direitos fundamentais são trunfos*** que se sobrepõem às deliberações de determinada comunidade política, mesmo quando elas envolvem interesses sociais. Essa é uma conhecida tese formulada, em *Taking Rights Seriously*, por RONALD DWORKIN¹⁰.
- 46 Com base nela, é possível sustentar que, apesar da inegável importância das delações como meios de obtenção de prova no âmbito das investigações criminais, a celebração dos acordos de colaboração premiada não pode, em hipótese alguma, colocar em xeque o respeito às garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente aos indivíduos.
- 47 Todavia, o reconhecimento desses ***direitos como trunfos*** depende, de uma maneira geral, de apreciação e provimento jurisdicional. Isso porque, ao final, compete aos tribunais adjudicar esse ***selo jurídico*** que tem o condão de preservar direitos e garantias fundamentais seja contra a formação de maiorias eventuais, seja contra o arbítrio estatal.
- 48 Observa-se, nesse contexto, que a tese aqui sustentada assume a relevância da eficácia das normas jurídicas. No campo da jurisdição constitucional, preocupado essa temática, desde o final dos anos 90,

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1978.

INGO WOLFGANG SARLET sustenta que todo e qualquer preceito constitucional é dotado de certo grau de aplicabilidade, consoante a normatividade que lhe tenha sido outorgada pelo constituinte. Sua tese é de que, até mesmo as *normas não autoaplicáveis*, em especial as rotuladas de *meramente programáticas*, contém uma eficácia mínima¹¹.

- 49 Ora, se todos os direitos fundamentais são dotados de certo grau de aplicabilidade, é inegável que sua eficácia assume ainda maior normatividade quando vem reconhecida expressamente pelos tribunais, em especial pela Suprema Corte, cuja aplicação potencializa sua eficácia social, conduzindo à pretendida efetividade dos direitos.
- 50 Aliás, desde a primeira edição de *Reine Rechtslehre*¹², HANS KELSEN afirma ser a *eficácia* condição da *validade* das normas jurídicas. Nas democracias constitucionais, a seu turno, os direitos fundamentais gozam de uma eficácia que, *a priori*, que sempre lhes confere determinada aplicabilidade. Sem embargo, em certas ocasiões, quando reconhecidos pela Suprema Corte, esses direitos fundamentais adquirem outro *status*.
- 51 Esse ***selo jurídico*** adjudicado pelo Supremo Tribunal Federal produz um conjunto de efeitos que transcendem àqueles atribuídos às decisões em geral, ultrapassando a discussão em torno da modulação, à medida que estabelecem parâmetros interpretativos que devem orientar a atuação de todos os poderes públicos.
- 52 *In casu*, considerando as violações às garantias processuais fundamentais resultantes das práticas inconstitucionais relacionadas à aplicação do instituto da colaboração premiada, a presente arguição objetiva fixar parâmetros interpretativos à aplicação dos dispositivos legais que regulam a celebração e homologação desses negócios jurídicos processuais destinados à obtenção de provas na jurisdição penal.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

¹² KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig/Wien: Deuticke, 1934.

- 53 Em suma: levando em conta as conquistas representadas no campo dos direitos fundamentais pelas decisões prolatadas na ADPF 54 (*aborto de feto anencefálico*), ADPF 132 (*união estável homoafetiva*), ADPF 347 (*estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário*) e ADPF 395 e 444 (*vedação às conduções coercitivas*), o manejo da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental – com base na premissa dos *direitos como trunfos* e na noção do *efeito cliquet* – busca a fixação parâmetros e limites à aplicação do instituto da colaboração premiada, mediante a técnica da *interpretação conforme à Constituição*, impedindo, assim, a reiteração de práticas que violam garantias processuais inerentes a todos os cidadãos.

V

DAS INCONSTITUCIONALIDADES VERIFICADAS NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

- 54 A presente seção será organizada da seguinte forma: apresentam-se, individualmente, sete hipóteses de inconstitucionalidade relacionadas à colaboração premiada, explorando-se cada uma a partir de quatro eixos analíticos: 1) contextualização da situação-problema; 2) preceitos fundamentais descumpridos; 3) casos concretos que comprovam as violações, para fins de repetibilidade; e 4) interpretação conforme a Constituição.

V.I

PRIMEIRA HIPÓTESE: DELAÇÃO CRUZADA

(A) *Contextualização da situação-problema*

- 55 Compreende-se que a *delação cruzada* é uma colaboração corroborada por outra, ou seja, manifesta-se quando há “*duas ou mais delações com conteúdos concordes*”, como leciona BADARÓ¹³. Em um exemplo: há delação cruzada quando o conteúdo da delação do corréu A, imputando um fato criminoso ao corréu B, for corroborado por outra delação, do corréu C, que igualmente atribua o mesmo fato criminoso a B. Daí

¹³ BADARÓ, Gustavo. *O valor probatório da delação premiada*: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Badaró Advogados, 21 ago. 2018.

também a razão de chamar-se o fenômeno de *corroboração recíproca* ou *corroboração cruzada*.

- 56 Quando de sua promulgação, a Lei nº 12.850/13 já sinalizava, no artigo 4º, § 16, que “*nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do delator*”. Tal dispositivo reflete o entendimento anteriormente consolidado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁴.
- 57 Com a promulgação da denominada *Lei Anticrime*, essa importante salvaguarda foi ampliada: conforme nova redação conferida ao artigo 4º, § 16, da Lei das Organizações Criminosas, as declarações do agente colaborador não podem ser fundamento único para ensejar:
- (i) decisão de recebimento de denúncia ou queixa-crime.
 - (ii) medidas cautelares reais ou pessoais;
 - (iii) sentença condenatória;
- 58 A construção é bastante lógica: se a colaboração é *meio de obtenção de prova*, como decidiu categoricamente o Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 127.483/PR¹⁵ e destacou a Lei nº 12.850/13 (arts. 3º, I, e 3º-A), então não deve haver dúvida que uma delação premiada não pode servir, por si mesma, sem quaisquer outros elementos de corroboração, para fundamentar medidas cautelares, recebimento de denúncia e tampouco sentença condenatória.
- 59 A partir dessa premissa, é possível compreender por que motivo uma *delação cruzada* também não poderá configurar-se fundamento suficiente para o deferimento de qualquer das medidas descritas no artigo 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13: a colaboração premiada não *prova*, ela apenas *viabiliza a produção da prova*.

¹⁴ Por todos os julgamentos, HC 75.226/MS (Rel. Min. MARCO AURÉLIO), HC 94.034/SP (Rel. Min. CARMEN LÚCIA), RE 213.937/PA (Rel. Min. ILMAR GALVÃO).

¹⁵ HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, STF, julgado em 27/8/2015. Disponível em: <https://bit.ly/346UhjY>. Aliás, cabe o registro de que no julgamento desse habeas corpus, mesmo antes da entrada em vigor do CPC/2015, já se utilizou a expressão *negócio jurídico processual* em matéria penal.

- 60 Noutras palavras, ainda que encontre amparo em outras delações, essa auto referencialidade recíproca não implica, de maneira alguma, na alteração da natureza da delação, que permanecerá, ainda assim, sendo simples meio de obtenção de prova.

(B) Descumprimento de preceito fundamental

- 61 Desde o julgamento do HC 127.483/PR (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), o problema da *delação cruzada* foi enfrentado, nos votos dos ministros DIAS TOFFOLI¹⁶ e CELSO DE MELLO¹⁷. Embora de modo acessório e não como principal, sinalizou-se que ao Estado é vedada a *condenação criminal* com base unicamente na “corroboração recíproca ou cruzada”. **Novamente, veja-se a expressão de que a delação premiada é um meio de prova, uma categoria insuficiente ou inferior à prova em si**, impondo-se ao órgão acusatório a necessidade de investigar e levantar evidências acerca da veracidade da delação. Como admitir, portanto, que um *meio de prova* passe a ser considerado *prova* a partir de uma corroboração por outro *meio de prova*?
- 62 Como bem pontua o ministro NEFI CORDEIRO, sendo o colaborador *interessado* na condenação do delatado, especialmente em virtude dos correspondentes favores pela admissão de eficácia no resultado de sua conduta, “*não pode a verdade ser extraída apenas de seu depoimento*”.¹⁸ E por essa razão, aliás, que a apreciação das informações prestadas mediante acordo de delação aproxima-se da valoração conferida aos meios probatórios produzidos em inquérito - analisados

¹⁶ Afirma o Min. DIAS TOFFOLI, em seu voto, que é “importante salientar que, para fins de corroboração das ‘declarações heteroinculpatórias’ do agente colaborador, não são suficientes, **por si sós**, as declarações harmônicas e convergentes de outro colaborador.” – grifo no original (p. 51-52).

¹⁷ Em uma passagem de seu voto, o Min. CELSO DE MELLO assinala: “Registre-se, de outro lado, por necessário, tal como assinalou o eminente Ministro DIAS TOFFOLI, que o Estado não poderá utilizar-se da denominada “corroboração recíproca ou cruzada”, ou seja, não poderá impor condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, por sua vez, por outros delatores.” (p. 138)

¹⁸ CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 44.

como indiciários e observáveis em consonância aos meios de prova da fase judiciária.

- 63 Em decisões sobre o tema, é verdade que o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da edição da Lei nº 12.850/13, já impossibilitava condenações baseadas tão somente nos termos dos acordos de delação premiada, mas o tema da *delação cruzada* ainda é novo neste ponto. A Lei Anticrime (Lei nº 13.964/19), por sua vez, modificou o artigo 4º, § 16º, da Lei nº 12.850/13¹⁹ ao acrescentar-lhe dois novos incisos (atinentes às *medidas cautelares* e ao *recebimento da denúncia*), ampliando o espectro de garantias que já era entendimento da Suprema Corte, no que se refere ao recebimento de denúncia a partir da corroboração cruzada.²⁰ Nesse sentido, deve ser realizada a correta interpretação constitucional da possibilidade de utilizar apenas *delações cruzadas* como motivação para proferir decreto condenatório, medidas cautelares e recebimento de denúncia ou queixa-crime.
- 64 As próprias novas previsões legislativas reforçam a ideia de que a delação tem um valor limitado para fins de convencimento do julgador, afinal é insuficiente, por si só, para ensejar as medidas do artigo 4º, § 16º, da Lei das Organizações Criminosas. A legislação é expressa ao retirar importância das informações produzidas pelo delator quando tomadas isoladamente. É certo, nessa linha, que os atos de colaboração devem ser encarados com desconfiança.
- 65 Por essa razão, na linha do que prevê o artigo 4º, § 16º, da Lei nº 12.850/13, alterado pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964), compreende-se ser inconstitucional a ideia de permitir **(i)** condenações criminais, **(ii)** medidas cautelares reais ou pessoais e **(iii)** recebimento de denúncia ou queixa-crime, sejam elas baseadas em uma única delação premiada ou *em tantas quantas forem*.

¹⁹ § 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória.

²⁰ Previamente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do Inquérito 3.983 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI), afirmou, em 2016, que o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada *era suficiente* para fins de recebimento de denúncia, o que não mais se sustenta.

66 Com efeito, se *condenar* alguém simplesmente com base na delação de um colaborador — ou mais de um, conforme já sinalizava o ministro CELSO DE MELLO nos autos da PET 5.700/DF²¹ — já era algo impensável, pois contrariava o artigo 5º, LIV e LVII, da Constituição Federal, representativo das garantias do **devido processo legal** (formal e substancial) e da **presunção da inocência**, também assim deve ser o *acolhimento de medidas cautelares e o recebimento de denúncia* fundamentados apenas em *delações cruzadas*. Todos esses atos judiciais dependem de prova, e isso a delação (ou delações) por si só não é capaz de proporcionar.

(C) *Casos de descumprimento*

67 A problemática envolvendo delações cruzadas, em alguma medida, chegou a ser ventilada em votos do Min. CELSO DE MELLO — como nos casos da Pet 5700/DF, HC 127.483/PR, AP 1.003/DF, Inq 3982/DF, Pet 7074 QO/DF —, do Min. DIAS TOFFOLI, nos casos do HC 127.483/PR e da AP 1.003/DF; no entanto, tais posicionamentos não foram os aspectos centrais enfrentados em cada um desses casos, nem exercem força vinculante ou permitem reclamação fundada na autoridade do Supremo Tribunal Federal.

68 Aliás, vale referir que a Lei Anticrime veio a ampliar as garantias que já constavam no entendimento desta Suprema Corte, no sentido de ser possível tomar depoimentos colhidos em colaboração premiada *enquanto indícios de autoria para fins de recebimento de denúncia*²². A inovação legislativa com relação ao entendimento anterior reforça, portanto, a necessidade de se enfrentar a questão ora posta.

69 No mais, a importância de se pacificar um entendimento como este decorre da constatação de que os próprios tribunais pelo País têm elaborado formas de contornar a previsão legal. A título ilustrativo, a propósito, na ApCrim nº 5021365-32.2017.4.04.7000 (Rel. Des. Fed. JOÃO PEDRO GEBRAN NETO), permitiu-se a delação cruzada para conde-

²¹ PET 5.700/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, STF, publicada em 22/9/2015. Disponível em: <https://bit.ly/3qPDTy3>.

²² INQ 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, STF, publicado em 10/10/2016.

nar alguém na hipótese em que diversos colaboradores acabam por narrar em processos, em momentos e em contextos distintos, fatos que apontam para uma mesma realidade imputada ao delatado. Refere-se a manifestação do relator sobre o tema:

É certo que a regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850/2013 prevê reservas quanto à utilização exclusivamente da palavra de um colaborador para firmar o decreto condenatório, *in verbis*: (...). Com efeitos, as palavras do colaborador devem ser colhidas com redobradas cautelas, inclusive comparando-as com os depoimentos de testemunhas. Todavia, **havendo diversos colaboradores narrando, em processos, momentos e contextos distintos, fatos que apontem para a mesma realidade, a regra acima deixa de ser imperativa, haja vista que a possibilidade de eventual acerto de um depoimento por outro perde força.**²³

- 70 Em suma, o Supremo Tribunal Federal trata do assunto, em *algumas decisões*, de forma tangencial (não se tratava do tema principal) e parcial (sem abordar questões como medidas cautelares ou o recebimento de denúncia). Ainda assim, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já acenou positivamente para a possibilidade de flexibilizar o regramento legal.

(D) *Da interpretação conforme a Constituição*

- 71 Em suma, tendo em vista a situação problema nesta seção explicitada, os preceitos violados – devido processo legal e presunção de inocência –, a partir dos casos concretos que ilustram essa hipótese, requer seja declarado que o artigo 4º, § 16º, da Lei nº 12.850/13 é constitucional se tal norma for interpretada no seguinte sentido:

as declarações do colaborador premiado, mesmo quando corroboradas por outras delações recíprocas, não poderão ser o único fundamento para ensejar decretação de medidas cautelares reais ou pessoais;

²³ ApCrim nº 5021365-32.2017.4.04.7000, Rel. Des. Fed. JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, TRF-4, julgado em 22/7/2020.

decisão de recebimento de denúncia ou queixa-crime; sentença condenatória, sob pena de violação do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência.

V.II

SEGUNDA HIPÓTESE:

ORDEM DE MANIFESTAÇÃO DO DELATOR

(A) Contextualização da situação-problema

- 72 À época de sua promulgação, a Lei nº 12.850/13 não contava com nenhum dispositivo dedicado à ordem de *manifestação de réus* em um processo que contasse com réus-delatores e réus-delatados simultaneamente. Não é à toa que começaram a surgir questionamentos como: *em uma ação penal em que há corréus que agem como verdadeiros “assistentes de acusação” ao colaborar com as investigações, como justificar que todos tenham de apresentar alegações finais concomitantemente? A regra não é que a defesa deva se manifestar por último, de modo a assegurar a mais ampla defesa?*
- 73 Com razão, decidiu o Supremo Tribunal Federal, inicialmente nos autos do HC 157.627, mas também no HC 166.373, que *o corréu delatado deve apresentar alegações finais por último*, já que o corréu delator tem uma posição processual com carga acusatória. Afinal, como pontuou o ministro GILMAR MENDES, no julgamento do HC 157.627-AgR/PR,
- na colaboração premiada, **o réu ou delator adere à acusação**, em troca de um benefício acordado entre as partes e homologado pelo julgador natural, nos termos da Lei 12.850/2013. Ou seja, o **delator**, em regra, **presta contribuições à persecução penal, incriminando eventuais corréus**. (grifo nosso)²⁴
- 74 Não poderia ser outra a solução, uma vez que o corréu delatado também deve poder se defender das imputações apresentadas pelo delator.

²⁴ HC 157.627-AgR/PR, Rel. para Acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI, voto Min. GILMAR MENDES, STF, julgado em 27/8/19.

- 75 O direito “*de falar por último sobre todas as imputações que possam levar à sua condenação*”, consoante o ministro ALEXANDRE DE MORAES nos autos do HC 166.373/PR,²⁵ decorre do próprio exercício do direito de defesa, entendido pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais, devendo assumir máxima efetividade na ordem constitucional. Por meio da edição da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), o acréscimo do artigo 4º, § 10-A, à Lei nº 12.850/13, foi um importante avanço da democracia²⁶.
- 76 Não obstante, como mostrou a prática, subsiste um problema a ser enfrentado: os réus delatados que não suscitaram nulidade decorrente da atribuição de prazo simultâneo para manifestação devem se beneficiar do resultado dos mencionados julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do artigo 4º, § 10-A, da Lei nº 12.850/13?

(B) Descumprimento de preceito fundamental

- 77 A inobservância da ordem de manifestação assegurada pelo Supremo Tribunal Federal, assim como pela Lei Anticrime, seja no que se refere às *alegações finais*, seja no que concerne a qualquer fase do processo constitui nulidade processual que **independe de requerimento expresso**, devendo ser declarada, de ofício, pelo magistrado. Não há sequer que se cogitar na análise do “prejuízo” ao imputado, visto que afeta diretamente exercício de garantia constitucional.
- 78 Garantir ao réu delatado a manifestação *após* o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou, em todas as fases do processo, assenta-se sobre o fundamento do processo penal acusatório. Toda vez que a nulidade disser respeito a qualquer violação formal em temas ligados à “medula óssea” ou “espinha dorsal” do processo penal (competência, quebra da parcialidade, cerceamento de defesa, constrição da liberdade

²⁵ HC 166.373/PR, Rel. Min. EDSON FACHIN, voto Min. ALEXANDRE DE MORAES, STF, julgado em 25/9/2019. Disponível em: <https://bit.ly/342orBC>

²⁶ Artigo 4º, § 10-A: “*em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou*”.

pessoal ou de direito patrimonial, prova e julgamento e fundamentação das decisões judiciais), é notório o prejuízo ao imputado.

- 79 Não se trata de mera irregularidade, mas daquilo que é mais caro ao processo criminal: se o delatado tem o *direito fundamental de falar por último*, é inconstitucional o procedimento que deixe de assegurar esse direito. Se o Direito, principalmente na área criminal, é uma questão de meio e não de fins, a interpretação correta é assegurar a primazia da garantia constitucional, mesmo que isso exija a declaração de nulidade. Observe-se: se há um direito fundamental de falar por último e um juiz não o respeitar, não se pode exigir que o delatado tenha de enfrentar uma maratona de recursos para ver essa garantia reconhecida. Ora, declarar esse direito pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental possibilita uma solução rápida e direta em favor da defesa. Tudo isso pela força do selo jurídico que caracteriza decisões desse jaez em âmbito de controle concentrado de constitucionalidade
- 80 Para a concretização das garantias previstas no artigo 5º, LV, da Constituição, não é admissível que o réu tenha de (i) provar o *prejuízo*, mas também não o é que ele tenha de (ii) *demonstrar que a nulidade foi suscitada previamente*. Este último aspecto (demonstração da suscitação prévia da nulidade), aliás, foi determinado em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (HC 549.850), o que só reforça a necessidade de posicionamento desta Suprema Corte. Se a principal função das formas processuais é garantir os princípios de proteção do imputado, o prejuízo decorre da própria falta de observância do procedimento, mas não só isso: tratando-se de direito fundamental (falar por último), o réu deve poder arguir seu descumprimento a qualquer momento processual, pois sequer lhe deu causa.
- 81 Ao não assegurar ao delatado o procedimento penal correto — ouvir a acusação e se manifestar posteriormente —, é violado o **devido processo legal** (art. 5º, LIV, da CR). Neste caso em específico, a garantia processual foi, inclusive, objeto de julgamento da Suprema Corte, que acertadamente percebeu que os processos envolvendo delações premiadas estavam descumprindo regras básicas vinculadas ao exercício da ampla defesa.

- 82** A violação aos preceitos do **contraditório** e da **ampla defesa** (art. 5º, LV, CR) é evidente: todo cidadão tem direito a falar por último quando é acusado, independentemente da origem da acusação, seja do Estado, seja de um privado ou seja do próprio corréu (como um delator), de modo que ele possa ter *a mais plena ciência das imputações* que lhe são dirigidas. Ao negar o direito de falar por último, o Estado descumpra a lei e ainda impõe ao prejudicado o ônus da prova do prejuízo, enfraquecendo garantia constitucional.
- 83** Aqui, é oportuno lembrar que esta Suprema Corte já entendeu pela impossibilidade de demonstrar prejuízo concreto quando se analisam atos que não foram realizados (na falta do ato é impossível provar o prejuízo):

Não bastassem o recebimento da denúncia e a superveniente condenação do paciente, não cabe reclamar, a título de demonstração de prejuízo, a prova impossível de que, se utilizada a oportunidade legal para a defesa preliminar, a denúncia não teria sido recebida.²⁷

(C) *Casos de descumprimento*

- 84** Conforme já adiantado, o AgRg no HC 549.850/PR, relatado pelo ministro FELIX FISCHER e julgado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, afrontou diretamente a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 157.627 e no HC 166.373 ao sinalizar que a regra de manifestação do delatado por último não deve ser aplicada irrisoritamente, dependendo de *demonstração de suscitação tempestiva* sobre o tema. Embora até o momento não tenha sido fixada tese sobre o assunto pelo Supremo Tribunal Federal, a mitigação de importante conquista jurídica demonstra o grau de incerteza e a dificuldade de fazer valer preceito fundamental.
- 85** Na mesma linha seguem os julgamentos do HC 532.913/MG (Rel. Min. RIBEIRO DANTAS), do AgRg no RHC 119.520/SP (Rel. Min. REYNALDO

²⁷ HC 84835, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, STF, julgado em 9/8/2005.

SOARES DA FONSECA), do AgRg no HC 514.851/RJ (Rel. Min. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO), do AgRg no RHC 123.868/GO (Rel. Min. JORGE MUSSI).

- 86** No âmbito do TRF da 4ª região, no julgamento da Apelação Criminal nº 5021365-32.2017.4.04.7000,²⁸ rejeitou-se qualquer nulidade por não ter sido obedecida a regra de os réus delatados falarem por último: pelo contrário, foi entendido que a questão estaria *preclusa por ausência de interposição de recurso oportuno*. Ao fim e ao cabo, segundo o julgado, não teria se verificado nenhum prejuízo ao contraditório ou à ampla defesa, pois os delatados em nada teriam sido surpreendidos.
- 87** Orientação similar já seguiu o TJDF, conforme se depreende do julgamento do processo nº 0703941-47.2020.8.07.0000, bem como o TRF da 3ª Região, na apelação criminal nº 5001082-76.2019.4.03.6181.
- 88** Esses casos bem ilustram o grau de obstinação dos tribunais pelo País de não acatar o entendimento firmado por este Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, passou-se a sustentar e a criar toda espécie de embaraço para que a decisão não surtisse efeitos.

(D) Da interpretação conforme a Constituição

- 89** Em suma, tendo em vista a situação problema nesta seção explicitada, os preceitos violados – devido processo legal, contraditório e ampla defesa –, a partir dos casos concretos que ilustram essa hipótese, requer seja declarado que o artigo 4º, § 10º-A, da Lei nº 12.850/13 é constitucional se a norma for interpretada no seguinte sentido:

em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou, sob pena de nulidade absoluta por manifesta violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

²⁸ ACR 5021365-32.2017.4.04.7000, Rel. Des. LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURAVALLE, TRF-4, julgado em 2/12/2020.

V.III

TERCEIRA HIPÓTESE:

LIMITAÇÃO DAS CLÁUSULAS POSSÍVEIS EM UM ACORDO DE DELAÇÃO

(A) *Contextualização da situação-problema*

- 90 Muito embora a Lei nº 12.850/13 tenha realizado um tratamento mais aprofundado sobre a colaboração premiada enquanto instituto aplicável às mais diversas situações, é verdade que pecou ao não impor limitações ao que se pode estipular a título de cláusula das delações premiadas. Esse eloquente silêncio da Lei das Organizações Criminosas apenas reforçou práticas que já ocorriam desde antes de 2013: na ausência de expressa limitação legal ao que pode ser negociado, toda espécie de benefícios passou a ser ajustada no momento da negociação, como se não estivéssemos a tratar de matéria penal, de caráter público.
- 91 O acordo de colaboração premiada entendido como negócio jurídico processual deve ser bem compreendida dentro do campo normativo próprio ao processo penal. Não se trata de um negócio efetuado em processo civil, administrativo ou tributário, mas de um espaço em que vige a legalidade estrita no seu sentido mais caro. A limitação das possibilidades de negociação, aliás, é essencial para o próprio objetivo da colaboração premiada, conforme aduz FRANCISCO MENDES²⁹, e para isso é necessário que os incentivos sejam criados de uma forma organizada e previsível, evitando que o sistema de justiça torne-se assistemático e randômico. Sendo assim, há diversos pontos que devem ser suscitados para que esta Suprema Corte se manifeste, de modo a balizar um instituto de há muito mal compreendido no cenário jurídico brasileiro. Sempre, a necessidade da aposição do selo jurídico de garantia por parte da Suprema Corte.
- 92 A Lei Anticrime (Lei nº 13.964/19), embora tenha aprimorado os dispositivos atinentes à colaboração premiada, não apresentou grande detalhamento acerca dos limites das cláusulas que podem ou não ser pactuadas na delação premiada. Os únicos aspectos notadamente

²⁹ MENDES, Francisco Schertel. *Leniency policies in the prosecution of economic crimes and corruption: consensual justice and search for truth in Brazilian and German Law*. Baden-Baden: Nomos, 2021, p. 287.

explícitos pela Lei Anticrime como **nulos de pleno direito** (*ope legis*), caso pactuados, são: (i) a violação do critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do artigo 33 do Código Penal; (ii) as regras de cada um desses regimes, conforme posto no Código Penal e na Lei de Execução Penal; (iii) os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º do mesmo artigo 4º da Lei nº 12.850/13, conforme § 7º, II, do mesmo artigo,³⁰; e (iv) a renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória (direito recursal), conforme § 7º-B do mesmo artigo.³¹ Nesses casos, andou bem o legislador ao entender que essas normas têm caráter cogente e tratam de esfera jurídica indisponível. Como aduz JULIANO BREDA³², parece clara a intenção do legislador no sentido de afirmar a reserva de jurisdição para a concessão de benefícios dessa natureza.

- 93 Entretanto, como a prática já mostrou, há muitas outras situações que devem entrar nesse quadro de nulidades. Dada a ampla utilização da delação premiada no país, assinalar com maior precisão quais são essas *cláusulas inconstitucionais* é uma exigência que se faz cada vez mais presente.

(B) *Descumprimento de preceito fundamental*

- 94 A decisão na PET 7.265/DF³³ (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI), de 14 de novembro de 2017, é um ponto de partida importante para delinear essas questões. Nesse caso, veio ao Supremo Tribunal Federal pedido de homologação de acordo de colaboração premiada, tendo o Relator

³⁰ § 7º. Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: [...] II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (CP), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (LEP) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo;

³¹ § 7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.

³² BREDA, Juliano. O cálculo da pena em colaboração premiada. In: REALE JUNIOR, Miguel; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Temas atuais de Direito Penal*, p. 283-317. São Paulo, Thomson Reuters, 2020, p. 307.

³³ Pet 7.265/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, STF, julgado em 14/11/2017. Disponível em: <https://bit.ly/2LsCwFg>.

suscitado diversos problemas decorrentes dos benefícios propostos ao delator.

- 95 A (i) **fixação da pena privativa de liberdade** e o (ii) **perdão dos crimes do delator**, estabelecidos por meio de cláusulas de acordo de colaboração premiada, são ilícitos, sobretudo porque os celebrantes não podem substituir o Poder Judiciário. Por força de preceito constitucional, são os Tribunais que detêm o *monopólio da jurisdição*, sendo certo, conforme argumenta o ministro LEWANDOWSKI no aludido caso, “*que somente por meio de sentença penal condenatória, proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar ou perdoar penas privativas de liberdade relativamente a qualquer jurisdicionado*”.
- 96 Os termos da colaboração não *fixam previamente*, antes do término da investigação ou mesmo da prolação da sentença, os benefícios que serão fornecidos ao delator. Em respeito à ordem constitucional, é apenas a partir da deliberação judicial que podem ser decididos os benefícios penais aos colaboradores.
- 97 Em caminho semelhante, não cabe às partes estabelecer (iii) **novas hipóteses de suspensão do processo criminal** ou (iv) **fixar prazos e marcos legais de fluência da prescrição diversos daqueles previstos pelo legislador**. No campo do direito penal e processual penal, o negociado não pode valer mais que o legislado, ainda mais quando se trata de normas de caráter cogente.
- 98 É certo que, no limite, o órgão acusatório, desde que observadas as premissas legais, pode deixar de oferecer denúncia contra o delator, nas hipóteses de não ser ele o líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar efetiva colaboração, conforme posto no artigo 4º, § 4º, da Lei das Organizações Criminosas, com a alteração promovida pela Lei Anticrime. Ademais, são conhecidos os institutos da suspensão do processo e da transação penal, mas isso não pode se traduzir em uma abertura para que as partes decidam livremente o que bem entenderem. Insiste-se: não se admite a transposição de garantias, especialmente tratando-se de processo penal.

- 99 Em outras palavras, se o legislador não previu novas possibilidades de suspensão do processo e de alteração de marcos prescricionais, não estão as partes envolvidas habilitadas a assim procederem. É verdade que o intérprete e aplicador do direito não é um escravo da lei; mas também não é seu proprietário. Há limites, pois.
- 100 Seguindo o raciocínio, igualmente não pode ser objeto de cláusula em acordo de delação premiada a (v) **entrega de documentos reveladores de dados sigilosos referentes a terceiros**³⁴. Como se sabe, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas consiste em direitos fundamentais (art. 5º, X e XII, da CR), de modo que depende de ordem judicial, com a respectiva fundamentação, para sua eventual flexibilização. Como justificar que um delator possa, nesse sentido, fornecer à autoridade estatal dados sigilosos referentes a terceiro delatado? Há, aqui, claro descumprimento de preceito fundamental **ao se burlar a necessidade de ordem judicial para tanto**, sendo inalcançável essa finalidade mediante simples acordo entre as partes.
- 101 Ademais, não há como permitir a manutenção de pactuação de (vi) **cláusulas que ultrapassem os limites de determinada investigação ou processo**. Conforme já escreveram J. J. GOMES CANOTILHO e NUNO BRANDÃO, a colaboração premiada só “*emerge em um contexto processual pré-existente, a fim de favorecer a recolha de provas úteis ao esclarecimento dos factos objeto do processo*”³⁵.

³⁴ Aqui, para fins ilustrativos, vale referir a obrigação imposta ao delator em acordo de colaboração premiada entabulado com o Ministério Público Federal, conforme Cláusula 9ª, “d”, de “entregar todos os documentos, papéis, escritos, fotografias, bancos de dados, arquivos eletrônicos etc., de que disponha, estejam em seu poder ou *sob a guarda de terceiros*, e que possam contribuir, a juízo do MPF, para a elucidação dos crimes, inclusive e especialmente, os apontamentos contábeis de suas transações financeiras, de pessoas jurídicas interpostas, e de terceiros sob as suas ordens”. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Colaboração Premiada. Curitiba, 22 out. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2ZCQW9t>.

³⁵ CANOTILHO, J. J. GOMES; BRANDÃO, NUNO. *Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017. p. 155.

- 102** Uma delação premiada, portanto, não pode tratar sobre qualquer coisa: ela é balizada por *limites processuais*, sendo certo que somente pode ter *eficácia* no “específico âmbito de um dado processo em que tenha sido pactuada”³⁶.
- 103** Na verdade, não deveria haver dúvida quanto a isso, afinal, se o acordo de colaboração premiada é *negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesses públicos* (art. 3º-A, Lei nº 12.850/13), de que modo *premiar* o delator com relação a questões que sequer dizem respeito ao respectivo contexto processual e ferem o próprio interesse público? Como *beneficiar* familiares do delator pelo autointeresse deste em ter sua punição diminuída? Essa “liberdade de conformação delacional” do Ministério Público afronta não apenas preceitos e princípios processuais, como também a própria relação entre as funções dos Poderes – o Ministério Público acaba assumindo o papel de legislador. Pior: legislador *ad hoc*, porque estabelece “cláusulas” sem racionalidade e sem *accountability*.
- 104** Nesse sentido, cláusulas que asseguram a suspensão ou impedem o prosseguimento de *outras investigações* contra o delator, ou mesmo contra seus parentes, refletem a tendência arbitrária de se expandirem os efeitos da colaboração premiada para além do seu respectivo processo ou investigação. *Permissa venia*, isso demonstra um erro de compreensão sobre o instituto. Não se pode desvincular a atuação do colaborador das vantagens a serem obtidas, como se as informações prestadas pelo delator devessem guardar coerência com a investigação em curso, enquanto os benefícios e *os efeitos do acordo não precisassem ter nenhuma relação com os dados informados*. Pelo contrário: a colaboração premiada pressupõe adequação entre os resultados das informações fornecidas pelo colaborador e as benesses que ele obterá.
- 105** Registre-se, por oportuno, que aqui se lida com direito público, regido pela legalidade acima de tudo, em que não é autorizado transacionar sobre quaisquer matérias. A não persecução criminal do delator no que diz respeito a crimes eventualmente imputados em outras investigações

³⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 155.

ou ações penais, assim como o envolvimento de familiares, extrapola os limites do contexto do negócio jurídico (que é o processo/investigação em que ele se dá), assim como afronta a utilidade e o interesse público. Ora, é inadmissível que se possa livremente negociar sobre matéria que não apenas é alheia ao procedimento em questão, como também, indisponível. Ao se envolverem terceiros no acordo, sobretudo familiares, a delação passa a ser não mais um meio de tutela do interesse público, mas um instrumento de negociação de interesses privatizados.

- 106** Viola-se o preceito fundamental da **legalidade** (art. 5º, XXXIX, CR) quando há pactuações desse gênero, pois o órgão acusatório passa a agir sem nenhum respaldo legal, assim como o preceito do **devido processo legal** (art. 5º, LIV e LV, CR), afinal, criam-se procedimentos para blindar arbitrariamente determinadas investigações e processos, assim como pessoas que sequer integravam o acordo de colaboração.
- 107** Outrossim, qualquer cláusula que preveja (vii) **renúncia geral e irrestrita à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio** deve ser tida como nula. É certo que a lei prevê que o delator precisa dizer a verdade à autoridade acusatória, renunciando, no ato, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio (art. 4º, § 14º, Lei nº 12.850/13). Apesar disso, não se conduz à noção de que o imputado deva – ou possa – renunciar aos seus direitos fundamentais ao silêncio e à vedação à autoincriminação.
- 108** Na verdade, o delator até pode restringir o exercício dessas garantias *no âmbito do acordo* e para seus fins, mas ele não pode a elas renunciar. Desse modo, assim como é nulo de pleno direito renunciar ao direito de impugnar a decisão homologatória (art. 7º-B, Lei das Organizações Criminosas), pois violaria direito fundamental, também deve ser pontuado que não se pode renunciar, de modo geral e irrestrito, à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio, tal como vinha habitualmente acontecendo no âmbito de operações policiais nos últimos anos, sob pena de violação a preceito fundamental (art. 5º, LXIII, CR).
- 109** Tampouco admite-se que o acusado/investigado (viii) **mantenha em seu poder uma parcela dos valores obtidos com a atividade**

criminosa. A posição jurídica do réu-delator não é compatível com a preservação de bens e produtos provenientes do crime, sendo ilegítimo manter qualquer parte desse patrimônio ilicitamente auferido sob a titularidade do colaborador. Afinal, não pode a autoridade acusatória propor benefícios para além daqueles previstos em lei: neste caso, a negociação recai sobre os efeitos previstos no artigo 91 do Código Penal, vantagem não contemplada pela Lei nº 12.850/13³⁷.

- 110** Como se sabe, o artigo 91 do Código Penal indica efeitos genéricos, cuja aplicação é automática, na hipótese de condenação criminal. São eles o efeito de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e a perda dos instrumentos ou produto do crime. Nesse sentido, uma vez condenado um delator, reconhecidos o crime e a punibilidade, de modo que são aplicáveis as consequências previstas em lei.
- 111** No direito comparado, a Seção 136a, itens 1 (*in fine*) e 3, do Código de Processo Penal alemão é explícita ao proibir qualquer vantagem não prevista por lei, independentemente do consentimento do acusado. Aliás, o estatuto garante que nenhuma declaração que tenha sido obtida mediante violação dessa vedação poderá sequer ser utilizada, mesmo se o acusado assim consentir³⁸.
- 112** Tal dispositivo legal, no que se refere à proibição do oferecimento de vantagens penais não previstas em lei, embora pertencente a outro ordenamento, encaixa-se perfeitamente à principiologia constitucional brasileira. Longe de se querer importar acriticamente uma situação relacionada a outro sistema normativo, o que se verifica é que a vedação

³⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Delação premiada não evita a perda de bens provenientes do crime. *Consultor Jurídico*, 22 dez. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3m9SctG>

³⁸ Sessão 136^a. “Métodos de interrogação proibidos; provas proibidas (1) A liberdade do acusado de decidir e manifestar sua vontade não deve ser prejudicada por maus tratos, fadiga induzida, intervenção física no corpo, administração de drogas, tortura, por meio de engano ou hipnose. A compulsão só pode ser usada na medida em que seja permitido pela lei de processo penal. É vedada a ameaça ao acusado com medidas não permitidas pelo direito processual penal e a perspectiva de uma vantagem não prevista na lei. (2) Medidas que prejudiquem a memória ou a capacidade do acusado de compreender a ilicitude de um ato não serão permitidas. (3) As proibições das subseções (1) e (2) devem ser aplicadas independentemente do consentimento do acusado. As declarações obtidas em violação desta proibição não serão utilizadas, mesmo que o acusado dê o seu consentimento.” Tradução livre.

que ora se busca a incentivos ilegais encontra respaldo legal em um país de tradição jurídica próxima da nossa.

- 113** Entre as conquistas do iluminismo penal, a legalidade conduz à taxatividade. É nesse sentido que a interpretação sobre quais benefícios podem ser concedidos passa pela compreensão de que o silêncio do legislador não é ilimitado. Ao contrário. Aplicar a máxima de que “*o que não é proibido pela lei é permitido*” desvirtua um dos pontos centrais do direito penal no Brasil: a lei prescreve o que as autoridades *devem observar no exercício do seu ofício*; agir para “além” do que diz a lei, tratando-a como se fosse ilustrativa ou apenas uma entre diversas possibilidades, vai na contramão de todo o nosso ordenamento; afinal, os agentes do Estado não tem poder para negociar livremente sobre questões que envolvam a utilidade e o interesse públicos, aspectos centrais da delação premiada.
- 114** A propósito, ainda que haja restrições no poder de negociar no artigo 4, § 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/2013, isso não significa que ali se esgotem e, tampouco, que exista uma liberdade de conformação em outro sentido por parte do Ministério Público. Pelo contrário. No processo penal presume-se a busca incessante pela equanimidade (*fairness*), o que se vê no Estatuto de Roma e que também foi retratado no caso *BRADY vs. Maryland*³⁹, da Suprema Corte norteamericana: o órgão acusador deve dispor à defesa as provas que detém em seu favor⁴⁰.
- 115** Ademais, como bem pontua NEFI CORDEIRO, se a delação premiada é um negócio jurídico, devendo respeitar, portanto, os requisitos da lei civil, **como justificar, sobretudo na lacuna normativa da Lei nº 12.850/13, que “o criminoso confesso mantenha propriedade de coisa ilícita?”**⁴¹ O argumento de CORDEIRO vai ao encontro da

³⁹ Caso da Suprema Corte do Estados Unidos da América, *BRADY vs. Maryland* (1963), pelo qual a acusação é obrigada a entregar à defesa evidências que possam exonerar o réu. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/>

⁴⁰ Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 5.282/2019 (Projeto STRECK-ANASTASIA), que altera o art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689/1941 (CPP) para estabelecer a obrigatoriedade de o Ministério Público buscar a verdade dos fatos também a favor do indiciado ou acusado. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139043>.

⁴¹ CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 59.

presente proposta: afinal, como justificar tantas delações contrárias à legislação penal e processual penal? O legislador tanto (i) previu que a delação premiada é um negócio jurídico processual, que (ii) não a diferenciou, com relação a seus efeitos, naquilo a que se refere o artigo 91 do Código Penal. Dessa forma, considera-se violado **o preceito constitucional da legalidade**.

- 116 Vale relembrar que tudo isso se insere dentro do poder-dever do poder judiciário de controle de legalidade e regularidade das cláusulas acordadas. Todos os pontos em questão devem ser examinados a partir de um *juízo de compatibilidade* do acordo com o sistema constitucional vigente, conforme já decidido por esta Corte Suprema (PET 5.952/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI) e previsto na Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13), sem necessidade de adentrar o mérito dos casos penais.

(C) *Casos de descumprimento*

- 117 Com o objetivo de deixar claros os casos em que as mencionadas *cláusulas ilegais* foram oferecidas pelo Ministério Público e homologadas pelo Poder Judiciário, a presente seção será dividida em sete tópicos, individualizando-se cada uma das espécies de cláusulas.

i. **Fixação da pena privativa de liberdade**

- 118 Como já mencionado no item anterior, foi fixada a pena privativa de liberdade, no próprio acordo de colaboração, na delação premiada que foi objeto de discussão na PET 7.265/DF⁴². Essa situação se repetiu em outros vários acordos, tais como da PET 5.244/DF⁴³, da PET 7.003/DF⁴⁴,

⁴² O colaborador seria agraciado com o *perdão judicial de diversos crimes*, “à exceção daqueles praticados por ocasião da campanha eleitoral para o Governo do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2014, consubstanciados nos tipos penais descritos no art. 350 do Código Eleitoral, no art. 1º, § 2º, inciso I, § 2º, inciso I da Lei 9.613/98 e art. 22, parágrafo único da Lei nº 7.492/86, pelos quais a pena acordada é a condenação à pena unificada de 4 anos de reclusão, nos processos penais que vierem a ser instaurados”.

⁴³ Ao colaborador, foi atribuída pena privativa de liberdade em regime fechado *por lapso não superior a cinco anos e não inferior a três anos*. PET 5.244, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, STF. Disponível em: <https://bit.ly/2KkaiMg>

⁴⁴ Foi oferecida a perspectiva de cumprir *não mais do que quatro anos de reclusão* em regime domiciliar diferenciado. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Pré-Acordo de Colaboração Premiada. Brasília, 7/4/2017. Disponível em: <https://bit.ly/2LA697F>.

da PET 5.952/DF (Cláusula 19⁴⁵), da PET 5.886/DF (Cláusula 5^a, § 1º, I, § 2º), da PET 6.138/DF (Cláusula 5^a, § 1º, letra “a”⁴⁶), da PET 6.890/DF (Cláusula 4^a, item I⁴⁷), PET 5.209/DF (Cláusula 5^a, I⁴⁸). A cláusula se repete, ainda, em vários outros acordos – como na Cláusula 4^a, I e II de outro acordo⁴⁹, na Cláusula 5^a de outro⁵⁰, na Cláusula 5^a, “a” de um outro⁵¹ e na Cláusula 5^a, parágrafo 1º de outro⁵².

ii. Perdão dos crimes do delator

- 119** A inadequada concessão de **perdão dos crimes do delator** em sede de acordo de colaboração premiada esteve presente no próprio acordo de delação objeto da PET 7.265/DF, assim como, por exemplo, esteve naqueles que foram homologados na PET 7.003/DF⁵³ (Cláusula 4^a, parágrafo único).

iii. Novas hipóteses de suspensão condicional do processo

- 120** Nos acordos homologados na PET 5.952/DF (Cláusula 19^a), PET 5.589/DF (Cláusula 5^a, letra “d”⁵⁴), PET 5.209/DF (Cláusula 5^a, III e IV), da PET 5.244/DF (Cláusula 5^a, II), da PET 5.886/DF (Cláusula 5^a, § 1º, I), PET 6.138/DF (Cláusula 5^a, § 1º, letra “a”), PET 6.890/DF (Cláusula 5^a), assim como em tantos outros (*e.g.* na Cláusula 5^a, item II, de outros

⁴⁵ PET 5.952, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, STF. Disponível em: <https://bit.ly/3aa5G6i>

⁴⁶ PET 6.138, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, STF. Disponível em: <https://bit.ly/2KkaQ4M>

⁴⁷ PET 6.890, Rel. Min. EDSON FACHIN, STF. Disponível em: <https://bit.ly/37gikyY>

⁴⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Curitiba, 27 ago. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3qStXUk>

⁴⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Brasília, 5 abr. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3mmXLfm>

⁵⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Disponível em: <https://bit.ly/3ngxslt>

⁵¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Curitiba, 12 jul. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3mcb8ll>

⁵² MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Curitiba, 10 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2WbpKNl>

⁵³ Em três dos acordos de colaboração premiada objeto da Pet 7.003/DF, foi garantido ao delator que “no caso de existirem investigação criminal e/ou denúncias já oferecidas em face do colaborador, em outros órgãos do Ministério Público, relacionadas a alguns dos temas dos anexos, o Procurador-Geral da República comunicará o conteúdo deste acordo ao membro do Ministério Público oficiante para fins de seu cumprimento, que, no caso das investigações, será a imunidade, e no caso de denúncia já oferecida, o perdão judicial. Disponível em: <https://bit.ly/3oH2RxE>, <https://bit.ly/3a4DCBj>, <https://bit.ly/3mhdcyK>.

⁵⁴ PET 5.589/PR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, STF. Disponível em: <https://bit.ly/3qVZaGn>

dois⁵⁵; e na Cláusula 6^a de outros quatro acordos⁵⁶), foi prevista — à *margem da lei* — a suspensão de inquéritos e processos criminais que existiam contra os delatores à época dos acordos de colaboração.

iv. Fixação de prazos e marcos legais de fluência da prescrição diversos daqueles previstos pelo legislador

121 Aqui, enquadram-se os acordos de delação premiada que foram objeto da PET 5.589/DF (Cláusula 5^a, letra “d”), PET 5.209/DF (Cláusula 5^a, III), PET 5.244/DF (Cláusula 5^a, II), da PET 5.886/DF (Cláusula 6^a), PET 6.890/DF (Cláusula 5^a), assim como em tantos outros (na Cláusula 5^a, item II, de outros dois⁵⁷; e na Cláusula 6^a de outros quatro acordos⁵⁸).

v. Entrega de documentos reveladores de dados sigilosos referentes a terceiros

122 Nos acordos de colaboração homologados na PET 7.265/DF (Cláusula 14^a, “d”) e na PET 5.209/DF (Cláusula 15, “d”), além de quatro outros (na Cláusula 14 de um⁵⁹, Cláusula 14^a, “c” de outro⁶⁰, na Cláusula 14, “d” de

⁵⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Colaboração Premiada. Curitiba, 19 nov. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3mgvgZM>; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Colaboração Premiada. Curitiba, 22 out. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3a7j2QF>

⁵⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Brasília, 5 abr. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3mmXLfm>; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Disponível em: <https://bit.ly/3ngxslt>; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Curitiba, 12 jul. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3mcb8II>; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Disponível em: <https://bit.ly/2WbpKNI>

⁵⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Colaboração Premiada. Curitiba, 19 nov. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3mgvgZM>; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Colaboração Premiada. Curitiba, 22 out. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3a7j2QF>

⁵⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Brasília, 5 abr. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3mmXLfm>; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <https://bit.ly/3ngxslt>; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Curitiba, 12 jul. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3mcb8II>; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Curitiba, 10 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2WbpKNI>

⁵⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Brasília, 5 abr. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3mmXLfm>

⁶⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <https://bit.ly/3ngxslt>.

outro⁶¹, e na Cláusula 13^a, “d” de outro⁶²), tiveram os colaboradores de se comprometer a entregar ao órgão acusatório elementos de prova que pudessem *obter de terceiros*, afrontando a reserva de jurisdição. Como poderia, por exemplo, um delator renunciar ao sigilo de contas bancárias ou de cartões de titularidade de terceiros?⁶³

vi. Cláusulas que ultrapassam os limites de determinada investigação/processo

123 O acordo de colaboração premiada objeto da PET 5.886/DF previu que o Ministério Público Federal se comprometeria a *não oferecer denúncia por fatos contidos no acordo em desfavor do filho maior de idade e da cônjuge do colaborador*. O acordo da PET 6.138/DF (Cláusula 5^a, parágrafo 4^o) — em seção dedicada ao *tratamento jurídico dos familiares* — assegurava que o Ministério Público Federal não ofereceria denúncia nem ação penal em desfavor de qualquer familiar do colaborador que subscrevesse o ajuste; além disso, foi suspensa a punibilidade de qualquer familiar do colaborador que assim procedesse. Em outro acordo (em sua Cláusula 5^a, parágrafo 4^o — *do tratamento jurídico dos familiares*)⁶⁴, houve a garantia que não seria proposta ação penal contra dois terceiros, assim como de que seriam suspensos os procedimentos instaurados com relação a esta última.

vii. Renúncia geral e irrestrita à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio

124 Nos acordos de delação objeto da PET 5.244/DF (Cláusulas 10, a, e 13), da PET 7.265/DF (Cláusula 20^a) e da PET 5.209/DF (Cláusula 17), assim como em quatro outros (na Cláusula 20 de um,⁶⁵ nas Cláusulas 11 e 9^a,

⁶¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Curitiba, 12 jul. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3mcb8II>

⁶² MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Curitiba, 10 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2WbpKNL>.

⁶³ Respondendo categoricamente que o delator *não poderia assim proceder*, já manifestou-se a respeito o ministro DIAS TOFFOLI na PET 5.897/DF, reiterando seu posicionamento na PET 7.074 QO/DF. Disponível em: <https://bit.ly/2Lq1IMq>

⁶⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Curitiba, 10 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2WbpKNL>.

⁶⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <https://bit.ly/3ngxslt>.

“a”, de outro⁶⁶, nas Cláusulas 14, “b”, e 20 de outro⁶⁷, e na Cláusula 22^a de outro ainda⁶⁸), por exemplo, consta a *renúncia à garantia fundamental contra a autoincriminação*, inclusive com a previsão de falar a verdade *incondicionalmente*, ao arripio do texto constitucional.

viii. Manutenção em poder do delator (ou de sua família) de parcela dos valores obtidos com a atividade criminosa

- 125** A delação objeto da PET 5.244/DF (Cláusula 7^a, §§ 3^o, 5^o e 6^o) nos traz relevante ilustração desta problemática. Além de todas as ilegalidades acima indicadas cometidas no seu pacto de delação, permitiram-se **(i)** a utilização, pelas filhas do colaborador, de bens que são, declaradamente, produto de crime, durante o tempo em que ele estiver preso em regime fechado (Cláusula 7^a, h e i e § 3^o); **(ii)** a liberação de quatro imóveis e um terreno, que seriam destinados ao juízo a título de multa compensatória, caso os valores recuperados com o auxílio do colaborador superem em 50 vezes o valor dos imóveis (Cláusula 7^a, § 4^o); **(iii)** e a liberação de um imóvel em favor da ex-mulher do colaborador e de outro imóvel em favor das filhas do colaborador, sem que esteja claro se tais imóveis são oriundos de crime (Cláusula 7^a, §§ 5^o e 6^o).
- 126** Todos esses acordos foram devidamente homologados à época pelo Poder Judiciário — e estão disponíveis na internet —, mas continuam cláusulas que, conforme previamente exposto, atingem essencialmente o processo penal acusatório estabelecido pela Constituição. Muitas das cláusulas são formuladas e repetidas de *modo padrão* nos mais diversos acordos, o que apenas corrobora a necessidade de se analisarem as questões ora trazidas ao exame desta Suprema Corte.
- 127** Os exemplos aqui apresentados bem demonstram o grau de incerteza e de insegurança sobre o uso da colaboração premiada no Brasil. É importante notar que muitos dos casos aqui listados tiveram grande

⁶⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Colaboração Premiada. Curitiba, 22 out. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3a7j2QF>.

⁶⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Curitiba, 12 jul. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3mcb8II>.

⁶⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Acordo de Colaboração Premiada. Curitiba, 10 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2WbpKNl>.

repercussão social. Por tudo isso, e sem perder de vista tantos outros acordos menos conhecidos que não foram mencionados, é necessário estabelecer limites mais bem definidos sobre a extensão dos benefícios das delações. É verdade que a denominada Lei Anticrime contribuiu para diminuir a arbitrariedade existente, mas o seu silêncio sobre todas as disposições ora atacadas é matéria de fundamental relevância para as presentes e futuras investigações criminais.

(D) Da interpretação conforme a Constituição

- 128** Em suma, tendo em vista a situação problema nesta seção explicitada, os preceitos violados – igualdade, legalidade, inafastabilidade do poder judiciário, entre tantos outros –, a partir dos casos concretos que ilustram essa hipótese, requer seja declarado que o artigo 4º, § 7º, inciso II, da Lei nº 12.850/13 é constitucional se a norma for interpretada no seguinte sentido:

a homologação do acordo pelo juízo competente será precedida de análise a respeito da adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º do artigo 4º da Lei, não podendo ser negociadas quaisquer vantagens diversas daquelas preestabelecidas pelo legislador.

V.IV
QUARTA HIPÓTESE:
DELAÇÃO VENAL

(A) Contextualização da situação-problema

- 129** *Ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza (nemo auditur propriam turpitudinem allegans):* trata-se de premissa estruturante de todo sistema jurídico democrático que se funde sobre uma ideia de justiça. Com base nesse princípio subjaz o entendimento, já consolidado nesta Corte, de que é inconstitucional o condenado locupletar-se dos valores decorrentes da atividade criminosa. Aliás, está esse princípio está consolidado na jurisprudência norteamericana desde 1895, a partir do caso RIGGS v. PALMER, em que o neto matou o avô para ficar com a

herança. Tão importante é esse julgado - e esse princípio - que RONALD DWORKIN organizou a tese de que o direito é sistema de regras e princípios a partir dele.

- 130** No mesmo sentido é o problema que se coloca quando terceiros – indiscutivelmente interessados no conteúdo das informações prestadas – interferem economicamente nos acordos de colaboração prestada à Justiça.
- 131** Sob tal perspectiva, o comércio de delações fulmina por completo a voluntariedade do agente e a boa-fé – requisitos fundamentais de validade do negócio jurídico, sob pena de nulidade – porquanto o proveito oferecido por terceiros atua como coação moral que, quando aceito, contamina de modo insanável os acordos de colaboração.
- 132** Assim, assumir o compromisso de colaborar com o sistema de justiça criminal por motivos escusos conduz a uma delação inválida *ab ovo*, pois afasta a transparência e a confiança norteadoras do ato, consoante artigo 3º-B, da Lei nº 12.850/13. Ademais, a possibilidade de delatores ajustarem o teor das informações prestadas aos interesses de terceiros viola totalmente o artigo 4º, § 14º, da Lei nº 12.850/13, que atribui ao delator o compromisso legal de dizer a verdade: *como anuir com uma delação ajustada sob os ditames de uma empresa terceira interessada em sua realização?*
- 133** Nesse sentido, ainda, as informações prestadas mediante pagamento a terceiros são questionáveis, sobretudo diante do desconhecimento dos termos e dos interesses envolvidos, que podem até mesmo alterar o conteúdo do material coletado.

(B) Descumprimento de preceito fundamental

- 134** Ao admitir legítima a delação prestada sob promessa de recompensa, estimula-se o comércio da colaboração com o sistema jurídico, tendo em vista que o delator pretere os interesses processuais em favor de um terceiro que o remunera. A partir de um ajuste írrito, nulo desde o início, o órgão acusatório promove a persecução do delatado, violando o

princípio constitucional de vedação da prova ilícita (art. 5º, LVI, CR).

- 135** A delação premiada é fundamentalmente regida pela confiança, boa-fé e voluntariedade do agente (art. 3º-B, caput, e art. 4º, caput, Lei nº 12.850/13). Ocorre que, nos acordos celebrados sob promessa de recompensa, nenhum desses pressupostos pode ser identificado, configurando-se um vício de forma — e não apenas mera irregularidade — que não pode ser ignorado, pois implica a nulidade do próprio ato.
- 136** Aqui, como há tempos já assentado pelo Supremo Tribunal Federal no campo do processo penal (ao menos desde o julgamento do HC 69.912-o/RS⁶⁹), aplica-se a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree*): sendo *nulo* o meio empregado, todas as provas obtidas por derivação, na sequência da investigação, também devem ser tidas como *nulas*, incapazes de conduzir à condenação, ao recebimento de denúncia ou a qualquer ato processual decorrente da delação.
- 137** Dessa forma, atestar a impossibilidade de uma delação remunerada denota estabelecer que não se pode prejudicar o delatado por uma cadeia probatória eivada de defeitos desde seu princípio, violando garantia constitucional em nome da punição do imputado. A nulidade absoluta de uma delação premiada e das provas subsequentes defluem diretamente de preceito fundamental, e o seu reconhecimento é indispensável para complementar a sistematização e a uniformização das colaborações no Brasil.

(C) Casos de descumprimento

- 138** O caso mais elucidativo no que se refere às delações venais remete à empresa ODEBRECHT: pelo menos **78 (setenta e oito) delações premiadas** envolvendo ex-executivos da empresa foram prestadas na proporção de recompensa previamente pactuada⁷⁰, tendo sido, portanto,

⁶⁹ HC 69.912, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, STF, julgado em 16/12/93.

⁷⁰ SANTOS, Rafa. Defesa de Lula apresenta documentos que apontam que Odebrecht pagou delatores. *Consultor Jurídico*, 20 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/343tVz3>. A planilha com os compromissos financeiros da Odebrecht

contaminadas pela ausência de voluntariedade, nos termos do artigo 4º, da Lei nº 12.850/13⁷¹, e, por isso, configuram meio de prova ilícito, à luz do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República, para a promoção de quaisquer investigações ou procedimentos.

- 139** Assim, o exemplo envolvendo MARCELO ODEBRECHT corrobora a *calibragem* das delações por meio de benefícios financeiros destinados aos envolvidos. Ciente da necessidade de cooperação de seus executivos para celebração de acordo de leniência, a empresa cedeu às pressões do delator, que ameaçava não celebrar acordo de colaboração caso não fossem convencionadas contrapartidas econômicas⁷².
- 140** Nos Embargos de Declaração na Apelação Criminal nº 5021365-32.2017.4.04.7000/PR, a empresa apresentou petição (em 17/5/2020) com o objetivo de invalidar contrato de delação (celebrado em 30/6/2017) com MARCELO ODEBRECHT. Conforme delineado no documento, o delator sabia da importância de seu depoimento para viabilizar o fechamento do acordo de leniência da empresa, tendo agido com o objetivo de auferir vantagens econômicas em troca de sua colaboração com a Justiça⁷³.

para com os delatores pode ser encontrada no seguinte endereço: <https://bit.ly/3qP9H5R>. Essa tabela foi apresentada pela própria empresa em ações movidas contra Marcelo Odebrecht (e.g., a Ação Declaratória de Nulidade nº 1040278-22.2020.8.26.0100), um dos delatores e contemplados pelos aludidos benefícios monetários.

⁷¹ No mesmo sentido, empresas como a Andrade Gutierrez e a Companhia de Concessões Rodoviárias publicizaram programas de colaboração premiada mediante pagamento. O Grupo CCR emitiu Comunicado ao Mercado a respeito do *Programa de Incentivo à Colaboração*, expondo os termos de pagamento aos seus executivos. Disponível em: <https://bit.ly/2IKRIBU>.

⁷² Observe-se a valoração conferida às palavras de CARLOS ARMANDO GUEDES PASCHOAL, cujo depoimento prestado ao TJ/SP foi noticiado em diversos veículos de comunicação, em que ele afirma que teve de “construir um relato” no conhecido caso penal envolvendo o sítio de Atibaia. Disponível em: <https://bit.ly/342YFAP>; <https://bit.ly/3gAFcMy>.

⁷³ A transcrição de trecho da inicial é esclarecedora: “(iii) As ameaças duram até hoje – As Autoras não poderiam permanecer inertes mesmo depois de celebrados os contratos mencionados acima, o Sr. MARCELO ODEBRECHT insistiu em sua estratégia de ameaçar a Odebrecht S.A., seja para manter sua influência dentro da empresa, seja para a obtenção de novos benefícios patrimoniais. (...) O Sr. MARCELO ODEBRECHT exigia os R\$ 40 milhões para não apresentar uma longa petição à Procuradoria Geral da República, que envolveria dezenas de integrantes e ex-integrantes do Grupo Odebrecht em supostos fatos ilícitos. Esta petição foi encaminhada para inúmeras pessoas diferentes, dentro e fora da empresa, inclusive para a imprensa. Aliás, e mais curioso, foi que a cada versão/minuta da referida petição ele incluía

- 141** A maneira por meio da qual se realizaram as *delações do fim do mundo*⁷⁴ (como foram denominadas as colaborações relacionadas ao caso Odebrecht) demonstra empiricamente os riscos envolvidos em uma delação venal. Esses acordos — coordenados, elaborados e pagos pela própria empresa — perpetraram inconstitucionalidades sistemáticas no ambiente de “justiça negociada” no Brasil. Quantas investigações foram deflagradas a partir de colaborações despidas de *voluntariedade*, fundadas em interesses escusos?
- 142** A controvérsia acerca da legitimidade de colaborações desse naipe não é pontual nem singela, sobretudo porque suas ramificações já alcançam um amplo leque de operações policiais e de processos criminais — segundo reportagem do jornal Estadão,⁷⁵ o depoimento dos 78 executivos levou à instauração de **83 inquéritos** apenas no Supremo Tribunal Federal.
- 143** Portanto, imprescindível à adequação da colaboração premiada aos preceitos constitucionais o afastamento da colaboração mediante pagamento de terceiros. Caso contrário, além da grave insegurança que a possibilidade de mercantilizar a delação promove, há o risco desses processos e investigações virem a ser anulados anos depois, quando chegarem à Suprema Corte.

(D) Da interpretação conforme a Constituição

- 144** Em suma, tendo em vista a situação problema nesta seção explicitada, o preceito violado – vedação da prova ilícita –, a partir dos casos concretos que ilustram essa hipótese, requer seja declarado que o artigo 3-A, da Lei

mais nomes e aumentava o tom das ameaças, disparando a esmo para todos os lados. Foram, no mínimo, 12 (DOZE) versões diferentes desta petição antes de a mesma ter sido, finalmente (!), enviada à PGR. Cada versão incluía mais e mais nomes, com mais e mais ameaças!”

⁷⁴ AUNION, J. A. Surge o primeiro caso da ‘delação do fim do mundo’ relacionado com a Espanha *El País*, Madrid, 31 jan. 2017. Disponível em : <https://bit.ly/37UghPY>; LEITÃO, Matheus. Odebrecht fez jus ao apelido de ‘delação do fim do mundo’. *G1*, Blog do Matheus Leitão, São Paulo, 11 abr. 2017. Disponível em: <https://glo.bo/376Xfcy>; REDAÇÃO. Delação do fim do mundo : quais são os próximos passos. *Veja*, São Paulo, 12 abr. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3gERKCy>.

⁷⁵ MACEDO, Fausto. Lava Jato monta esquema especial para ouvir delatores da Odebrecht. *Estadão*, São Paulo, 8 dez. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3moZLCQ>.

nº 12.850/13 é constitucional se a norma for interpretada no seguinte sentido:

o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos, sendo vedada qualquer contrapartida econômica de terceiros em favor do delator, sob pena de sua manifesta invalidade por vício de falta de voluntariedade e violação da boa-fé.

V.V

QUINTA HIPÓTESE:

**DA POSSIBILIDADE DE TERCEIROS
IMPUGNAREM ACORDOS DE COLABORAÇÃO**

(A) Contextualização da situação-problema

- 145** O acesso e a impugnação pelos delatados ao acordo de colaboração são uma decorrência lógica da Lei nº 12.850/13: as garantias da ampla defesa e do contraditório somente são resguardadas caso aqueles *diretamente* imputados por delatores possam ter conhecimento do que se trata o ilícito que lhes é atribuído e se puderem impugnar os acordos que — muitas vezes, conforme demonstrado ao longo desta inicial — contêm ilegalidades e inconstitucionalidades.
- 146** Um breve histórico é necessário para bem compreender a questão. Nos autos do HC 127.483 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), o Plenário do Supremo Tribunal Federal consignou, a partir de uma ótica *civilista* (conforme já apontou o Min. GILMAR MENDES⁷⁶), que “*o acordo de colaboração premiada, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica*”. Esse entendimento, firmado no âmbito da Corte Suprema, dizia que o acordo de colaboração, apesar de todas as consequências que pudesse vir a desencadear, interessava apenas aos negociantes, que transigiriam entre

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Debates necessários à evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos acordos de colaboração premiada. *Revista dos Estudantes de Direito da UNB*, n. 16, v. 1, p. 54-63, 2019.

si (informações x benefícios) sem invadir o patrimônio jurídico alheio. Foi seguindo essa linha, aliás, que se decidiu, no mesmo caso:

por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no relato da colaboração e seus possíveis resultados (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).

- 147 A suposta inexistência de vínculo jurídico entre o delatado e o acordo de colaboração seria razão suficiente para negar ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração; afinal, ele ainda teria possibilidade de se defender oportunamente, no processo judicial, quando devidamente instalado o contraditório.
- 148 Com o passar do tempo, entretanto, o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal mostrou-se inadequado para certas situações. Assim, a fim de reafirmar a ampla defesa, sobretudo a partir de julgamentos da Segunda Turma, verificou-se que negar a terceiro citado em acordo o acesso ao termo da delação *violava* o direito à ampla defesa. Não poderia ser diferente: **como tratar de modo exclusivamente negocial algo que conjuga elementos civilistas e penais?** Na linha em que refere NEFI CORDEIRO,⁷⁷ como desprezar efeitos como a “transformação” de corréu em acusador, a alteração de rito e até mesmo o fornecimento de benesses ilegais?

(B) Descumprimento de preceito fundamental

- 149 A principal função do acordo de colaboração premiada é *instruir o processo penal* — lembre-se: trata-se de um *meio de obtenção de prova!* Nesse sentido, é necessário compreender que ele “*acarreta gravoso impacto à esfera de direitos de eventuais corréus delatados*”,⁷⁸ consoante pontua o ministro GILMAR MENDES. E, além disso: por dizer

⁷⁷ CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 41.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Debates necessários à evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos acordos de colaboração premiada*. Revista dos Estudantes de Direito da UNB, n. 16, v. 1, p. 54-63, 2019.

respeito a benefícios penais que são negociados pelo poder estatal, o acordo de colaboração vincula-se a interesses da própria sociedade.

- 150 Ainda que a legislação busque evitar situações excessivamente gravosas aos delatados — rememore-se o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13 —, **é certo que os danos que um acordo de delação pode acarretar não se resumem a atos processuais**. Hoje, não se pode negar que a difusão midiática de informações sobre acordos de delação premiada constrange e impõe prejuízos à imagem de terceiros⁷⁹. Não é à toa que os professores J. J. GOMES CANOTILHO e NUNO BRANDÃO anotam, em artigo em que refletem sobre o mau uso da colaboração premiada no Brasil, que

na medida em que tem assim como finalidade precípua a incriminação de terceiros, pelo menos, por um crime de organização criminosa, a colaboração premiada apresenta-se como um meio processual idóneo a **atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada**. (grifo nosso)⁸⁰

- 151 Nesse sentido foram julgados os HCs 142.205/PR⁸¹ e 143.427/PR (Rel. Min. GILMAR MENDES), pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sinalizando que *“aqueles que foram delatados podem questionar acordos de delação premiada para se defender”*.
- 152 Ora, não poderia ser outro o entendimento: para que se possa garantir os direitos fundamentais de todos os envolvidos em investigações e processos criminais, é essencial que seja possível àqueles que venham a ser delatados ter *conhecimento* daquilo que lhes foi imputado e, além disso, insurgir-se contra ilegalidades supostamente cometidas. Claro,

⁷⁹ Em seu voto no HC nº 142.205/PR, o Min. GILMAR MENDES lembra das delações firmadas e homologadas com o ex-Senador DELCÍDIO AMARAL, “cujas declarações abalaram a República e denegriram a imagem de diversos cidadãos, mas, ao final das investigações, restaram completamente esvaziadas e infundadas”. Violaram-se direitos fundamentais, e as delações acabaram, inclusive, imprestáveis à persecução penal.

⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 133, ano 25, p. 133-171, 2017, p. 146.

⁸¹ HC 142.205/PR, Rel. Min. GILMAR MENDES, STF, julgado em 25/8/2020. Disponível em: <https://bit.ly/3neMEPK>.

acordos de colaboração não são simples *transações bilaterais*, como explica FRANCISCO MENDES⁸², pois eles dão origem a *relações jurídicas complexas* que necessariamente afetam múltiplas partes; afinal, os arranjos consensuais só se tornam possíveis na medida em que há terceiros a serem investigados e cujos interesses jurídicos serão negativamente afetados pelo acordo. Assim, não importa se o acordo de colaboração baseia-se na ideia de *justiça negociada*; no Brasil, a principiologia regente do processo penal – cujo vetor fundamental de sentido é a Constituição – não pode ser enfraquecida por legislação infraconstitucional.

- 153** Consoante linha adotada pelos julgados, não só (i) é evidente que um acordo de delação atinge a esfera jurídica dos delatados – não só em razão de possíveis efeitos nefastos derivados de exposição midiática, mas também em virtude do *peso* que recai sobre o delatado a partir de investigações e procedimentos criminais dos quais passa a ser alvo –, como também (ii) são violados os interesses da própria sociedade ao se homologarem acordos de colaboração ilegais – e, como se viu, vários já o foram.
- 154** O fato de os coimputados poderem, oportunamente, defender-se das declarações dos delatores durante o processo penal **não tem o condão de suplantarem o devido controle da admissibilidade do meio de obtenção de prova, como se somente depois pudessem-lhes surgir efeitos prejudiciais**. Afinal, reconhecer a ilegalidade dos acordos pode conduzir à decretação de nulidade dos elementos probatórios colhidos, como ocorre em outros meios de obtenção de prova, a exemplo da busca e apreensão e da interceptação telefônica.
- 155** Segundo VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS⁸³, na prática jurídica, a inviabilização da impugnação pelos corréus torna *inquestionáveis* os acordos de delação firmados. Afinal, se o delator recebe um benefício *ilegal* favorável, quem o contestaria? O órgão acusatório que forneceu o benefício indevido ou o delator prestigiado? Ademais, a impugnação também assegura a paridade de tratamento entre delatores em situações semelhantes, quando os benefícios concedidos forem isonômicos e

⁸² MENDES, *op. cit.*, p. 283.

⁸³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 127 e 130.

proporcionais. Ainda, há ganho em transparência e legitimidade a partir da possibilidade de manejo da respectiva impugnação, visto que ela permite conhecer os critérios e os benefícios auferidos com a colaboração.

- 156** A impossibilidade de qualquer questionamento por parte de terceiros delatados acerca dos termos do acordo de colaboração premiada afronta os **preceitos fundamentais da inafastabilidade da jurisdição e do contraditório e da ampla defesa** (art. 5º, incisos XXXV e LV, CR). Não só, isso lhes permitirá impedir investigações e processos criminais fundamentados em acordos ilegais, como também evitar repercussões externas negativas, tal qual o exemplo da espetacularização das operações policiais.

(C) Casos de descumprimento

- 157** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob o alicerce principal da decisão do HC 127.483 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), firmou-se no sentido de que a delação premiada não interfere automaticamente na esfera jurídica de terceiros. Com isso, entende-se que os delatados não teriam legitimidade para questionar a validade do acordo celebrado. Nessa linha, as decisões da Rcl. 21.258/PR, (Rel. Min. DIAS TOFFOLI); HC 144.426/DF (Rel. Min. CELSO DE MELLO); HC 144.652/DF, (Rel. Min. CELSO DE MELLO); RE 1.103.435/SP, (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI), Rcl. 29.807/DF (Rel. Min. LUÍS ROBERTO BARROSO) e Inq 4483 QO/DF (Rel. Min. EDSON FACHIN), apenas reiteraram aquele mesmo entendimento. No Superior Tribunal de Justiça, decisões como aquelas do RHC 73.043/DF (Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA) e do RHC 43.776/SP⁸⁴ (Rel. Min. JORGE MUSSI) bem ilustram a observância que a Corte vem prestando à orientação do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁴ Da ementa, extrai-se o posicionamento firmado previamente pelo STF: *no caso dos autos, embora o recorrente não possua legitimidade para questionar a validade do acordo de colaboração premiada celebrado pelo corréu, pode confrontar em juízo o que foi afirmado pelo delator, bem como impugnar quaisquer medidas adotadas com base em tais declarações e demais provas delas decorrentes, circunstâncias que afastam a ocorrência de prejuízos à defesa* (RHC 43.776/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, STJ, julgado em 18/12/2017).

- 158** Em sucessivas decisões monocráticas proferidas pelos eminentes ministros desta Suprema Corte vem sendo observado o aludido posicionamento: PET 5733 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI); Rcl. 21.514 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI); AP 923 (Rel. Min. LUIZ FUX); HC 144.426 (Rel. Min. CELSO DE MELLO); HC 144652 (Rel. Min. CELSO DE MELLO); MS 34855 (Rel. Min. CELSO DE MELLO); e MS 34842 (Rel. Min. CELSO DE MELLO).
- 159** Apenas recentemente, e aos poucos, como foi abordado, tem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adotado uma postura mais crítica sobre a questão, bem representada pelos HCs 142.205/PR (Rel. Min. GILMAR MENDES) e 143.427/PR (Rel. Min. GILMAR MENDES). A divergência estabelecida entre esses casos e aquilo que vinha sendo reiterado nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal demonstra a necessidade de se reavaliar a possibilidade de impugnar aos acordos de delação premiada.

(D) Da interpretação conforme a Constituição

- 160** Em suma, tendo em vista a situação problema nesta seção explicitada, os preceitos violados – inafastabilidade da jurisdição, contraditório e ampla defesa –, a partir dos casos concretos que ilustram essa hipótese, requer seja declarado que o artigo 4º, § 7º-B, da Lei nº 12.850/13 é constitucional se a norma for interpretada no seguinte sentido:

são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória, faculdade essa que também se estende a terceiros, sobretudo ao réu delatado, para fins do pleno exercício da ampla defesa.

V.VI

SEXTA HIPÓTESE:

DELAÇÃO DE RÉU EM PRISÃO CAUTELAR ILEGAL

(A) Contextualização da situação-problema

- 161** Um dos mais graves e conhecidos problemas na recente história das colaborações premiadas no Brasil tem sido o emprego de medidas cautelares privativas de liberdade para pressionar o réu a *colaborar*. Dessa maneira, o Estado usa de violência para forçar uma confissão e a

incriminação de outras pessoas, ao confinar um indivíduo que ainda não foi julgado, ou que sequer denunciado. Mesmo com as mudanças da legislação, esse problema não foi resolvido e segue sendo alvo de justas críticas da comunidade jurídica brasileira, de modo que se espera do Supremo Tribunal Federal um posicionamento sobre sua (in)constitucionalidade.

- 162** Para demonstrar essa necessidade, analisaremos a seguir: (i) o modo como a “colaboração forçada” se disseminou no Brasil e sua repercussão na comunidade jurídica; (ii) a insuficiência da mudança promovida pela Lei Anticrime; e (iii) o reconhecimento dos problemas jurídicos de tal estratégia acusatória pelos próprios membros dessa Corte, levando à necessidade de se prever consequências – nulidade de acordos e ilicitude das provas obtidas através deles, no caso de prisão cautelar ilegal.

i. As críticas da comunidade jurídica à “colaboração forçada” e sua inconstitucionalidade

- 163** Sabe-se que o abuso estatal na decretação de prisões preventivas injustificadas não é novidade no Brasil. No entanto, o transplante de elementos do *plea bargain* acentuou a problemática das prisões abusivas a ensejar colaborações forçadas.

- 164** Tal estratégia de persecução penal foi amplamente adotada ao longo de algumas operações policiais:

Importante levantamento feito pelo jornalista Pedro Canário demonstrou que, durante o período de março de 2014 até janeiro de 2017, as prisões preventivas decretadas no âmbito da referenciada operação tiveram a duração média de 281 dias. Ainda segundo o estudo, dos 58 colaboradores com acordos não protegidos pelo sigilo firmados no aludido intervalo temporal, 25 tiveram sua liberdade cerceada e restabelecida logo após celebrar o acordo de colaboração. Mais recentemente, em dezembro de 2019, no âmbito da denominada Operação Calvário, deflagrada na Paraíba, todas as colaborações premiadas foram realizadas com pessoas que se encontravam presas durante a negociação dos seus respectivos acordos⁸⁵.

⁸⁵ ARARIPE CARNEIRO, Rafael; PORTO FERREIRA, Pedro Victor; SUASSUNA, Igor. *A voluntariedade do colaborador preso e a nova Lei Anticrime*. Consultor Jurídico, São Paulo, 19 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2JTKzu8>

- 165** Conforme foi sendo noticiado o novo fenômeno da “colaboração forçada”, a comunidade jurídica brasileira reagiu em peso condenando-o. A lista de juristas⁸⁶ que se posicionaram nesse sentido é extensa. Já nessa oportunidade foi denunciada a manipulação hermenêutica dos institutos da prisão preventiva e da colaboração premiada para aumentar o poder do Estado-acusador, em detrimento dos direitos constitucionais do réu⁸⁷.
- 166** Ao longo dos anos, acumularam-se posicionamentos de mais juristas no debate público, criticando a colaboração forçada por prisão⁸⁸.
- 167** GUSTAVO BADARÓ⁸⁹ chegou a denunciar a incompatibilidade entre a prisão preventiva e o pressuposto da voluntariedade da colaboração, previsto no artigo 4º, da Lei nº 12.850. Por fim, a doutrina consolidou entendimento condenando o uso de prisão para forçar delação, a exemplo do jurista NÉFI CORDEIRO, ministro do Superior Tribunal de Justiça⁹⁰.
- 168** Destaca-se que, nesses casos, tem-se uma radicalização do direito penal inquisitório, sob a falsa aparência de um direito “negocial”. Trata-se de uma *contraditio in terminis* de “colaboração coagida”.

⁸⁶ CANÁRIO, Pedro. *Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na "lava jato"*. Consultor Jurídico, São Paulo, 29 nov. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2W8k8Du>

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *"O passarinho pra cantar precisa estar preso". Viva a inquisição!* Consultor Jurídico, São Paulo, 29 nov. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3nboJko>

⁸⁸ Para um breve apanhado de argumentos, bastante citado: BORRI, Luiz Antônio. *Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 24, n. 285, ago. 2016, p. 6-8.

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo. *Quem está preso pode delatar?* Jota, São Paulo, 23 jun 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3miMExb>

⁹⁰ “A busca da eficiência não se pode dar com retrocesso de garantias. Não se pode negociar por coerção estatal, com violação de direitos: inadmissível é a humilhação ou a privação da liberdade para induzir a colaboração, inadmissível é a negação ou condução do acordo por interesses pessoalizados do negociador, inadmissível é a pactuação violadora da lei ou da Constituição. Como todo negócio estatal, é ele vinculado às permissões legais e orientado pelos princípios constitucionais e processuais”. CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 103.

ii. A insuficiência da mudança promovida pela Lei Anticrime

- 169 Após fortes críticas, a Lei Anticrime procurou reagir ao problema com uma pequena alteração na Lei das Organizações Criminosas, prevendo que, para homologar o acordo de delação, o juiz deverá analisar, dentre outras coisas, a “voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares” (art. 4º, § 7º, IV).
- 170 A mudança foi, portanto, insuficiente para proteger direitos constitucionais⁹¹. Na prática, ela não muda em nada a situação, criando apenas uma espécie de “recomendação” ao juiz. Ora, o propósito da lei não é dar meros conselhos ao juiz, sobretudo no processo penal, em que se lida com o direito à liberdade. A prática inconstitucional permanece precisando ser combatida por esta Corte.
- 171 Para tanto, é necessário que se diminua a discricionariedade judicial ao analisar o requisito da voluntariedade, estabelecendo consequências jurídicas obrigatórias para casos em que prisões cautelares forem reconhecidamente ilegais (por exemplo, por excesso de prazo). Acordos de colaboração celebrados nessas circunstâncias devem ser anulados, e as provas obtidas a partir deles devem ser consideradas ilícitas, por falta presumida do requisito da voluntariedade.
- 172 Por fim, apresentam-se vários **argumentos sistematizados** para que esta Corte reconheça a inconstitucionalidade de colaboração celebrada por réu em prisão cautelar ilegal:
- (a) porque o acordo de colaboração foi celebrado em condição de **abuso do poder coercitivo do Estado;**

⁹¹ Considerando essa mudança “tímida”: ARARIPE CARNEIRO, Rafael; PORTO FERREIRA, Pedro Victor; SUASSUNA, Igor. *A voluntariedade do colaborador preso e a nova Lei Anticrime*. Consultor Jurídico, São Paulo, 19 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gHSXcb>. Afirmando que o uso de prisão cautelar para forçar colaboração premiada é “um problema não resolvido pelo Pacote Anticrime”: MELO, VALBER; MAIA BOTELHO, FELIPE. *Colaboração premiada: aspectos controversos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 89-99.

- (b) porque a **vulnerabilidade do réu preso** diante do Estado acusador deve ser presumida, já que o leva a celebrar “contratos leoninos” para reaver sua liberdade;
- (c) porque a coerção estrutural para que o preso cautelar colabore é um fato notório, considerando o **caos do sistema prisional**, já reconhecido por esta Corte que o declarou em “estado de coisas inconstitucional”;
- (d) porque, diante da mudança tímida prevista em lei e da discricionariedade do juiz para analisar a voluntariedade do acordo, era previsível que continuariam a se decretar prisões **preventivas abusivas**, como de fato tem ocorrido, desrespeitando até os limites de prazo e requisitos de renovação trazidos pelo Pacote Anticrime (art. 316, parágrafo único, CPP); e
- (e) porque é preciso **modificar a estrutura de incentivos** para que o Estado não abuse das prisões preventivas, o que continuará a ocorrer sistematicamente – independente da boa vontade de alguns atores – porque a recompensa é alta (obter a delação) e o risco é baixo. Afinal, é preciso diminuir a dependência da discricionariedade do juiz/promotor/delegado, criando uma garantia institucional de proteção desse direito.

173 Registra-se, ademais, que a Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) foi editada também a fim de coibir a recorrente prática de “decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais” (art. 9º) e, portanto, evitar a prática da coação nas colaborações.

174 Além disso, a proibição da “delação forçada” também é o raciocínio correto sob uma perspectiva de princípio. Não se pode admitir que um juiz ignore a violação do direito – inegociável⁹² – à liberdade e homologue acordo gerado em condições de sua violação.

⁹² Sobre o caráter inegociável do direito à liberdade em face dos acordos de colaboração, a doutrina já tem criticado duramente a possibilidade de que estipulem a soltura imediata do réu (CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e*

iii. O reconhecimento do problema das “colaborações forçadas” pelos Ministros desta Corte

- 175 A posição dessa Corte foi determinante para estabelecer limites aos recentes excessos no uso da prisão para forçar delação. O ministro GILMAR MENDES⁹³ chegou a declarar em sessão do Supremo Tribunal Federal que “usava-se a prisão provisória como elemento de tortura”, com relação às práticas no âmbito de operações de investigação, e que “o Brasil viveu uma era de trevas no que diz respeito ao processo penal.” Ainda, observou o ministro nos debates da PET 7074 QO/DF, que “só se solta depois de assinar o termo de delação” (p. 33).
- 176 Na mesma linha, o ministro MARCO AURÉLIO já afirmou em palestras que “acima de tudo, a delação tem que ser um ato espontâneo. Não cabe prender uma pessoa para fragilizá-la para obter a delação”⁹⁴.
- 177 Abusos desse tipo foram coibidos pelo Supremo Tribunal Federal, como a decisão de 2015 (HC 127.186/PR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI).
- 178 Dessa maneira, esta Corte já vem firmando os pressupostos para o combate à colaboração forçada. Agora, é necessário extrair consequências concretas desses pressupostos, firmando a impossibilidade de celebração de acordo por réu em prisão cautelar ilegal.

(B) *Descumprimento de preceito fundamental*

- 179 O uso da prisão cautelar para forçar a colaboração do réu viola claramente inúmeros direitos e garantias expressos no artigo 5º da Constituição, tais quais: a reserva legal (II); o devido processo legal (LIV); a proibição das

controles. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 60-61). Por outro lado, CORDEIRO (p. 65-67) também critica a execução imediata de pena negociada, juntamente a: CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação lava jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, [S. I.], v. 133, jul. 2017. p. 32.). Esta Corte já decidiu também que: “Inexiste relação necessária entre a celebração e/ou descumprimento de acordo de colaboração premiada e o juízo de adequação de medidas cautelares gravosas”. (HC 138207, Rel. Min. EDSON FACHIN, STF, j. 25/04/2017).

⁹³ "Lava jato" usava prisão provisória como elemento de tortura, diz Gilmar. Consultor Jurídico, São Paulo, 02 out. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/37SFIHb>

⁹⁴ RODAS, Sérgio. *Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio*. Consultor Jurídico, São Paulo, 12 ago. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3mav2mP>

provas ilícitas (LVI); a presunção de inocência (LVII); a proibição de que alguém seja preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (LXI); o direito do preso de permanecer calado (LXIII); a garantia de que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (LXV); a proibição de que alguém seja levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (LXVI); a garantia de que conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (LXVIII).

(C) *Casos de descumprimento*

- 180** A decisão tomada no âmbito da busca e apreensão criminal nº 5004568-78.2017.4.04.7000/PR, de revogar prisão preventiva justificando que o réu estaria em tratativas para um acordo, foi emblemática sobre o uso de prisão cautelar para forçar colaboração. Nessa mesma linha, registra-se os pareceres do ex-Procurador da República MANOEL PASTANA, como no HC 5029050-46.2014.404.0000.
- 181** Esse *modus operandi* das recentes operações policiais se disseminou na prática jurídica brasileira, como ilustra decisão que justifica a diferença de tratamento dos réus, estando uns presos preventivamente e o outros soltos, porque estes últimos firmaram acordo de colaboração (HC 1.364.788-0, Rel. Des. LAERTES FERREIRA GOMES, TJPR).
- 182** Várias decisões do mesmo tipo, embora menos explícitas ou com menor visibilidade midiática, vem sendo prolatadas até hoje. O mais importante de tudo é que há notória decisão do Supremo sobre o tema, firmando o seguinte entendimento no voto do Relator:

Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção. A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física. Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória

ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração. Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiaias por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia.⁹⁵

- 183** Este entendimento tem sido citado em várias decisões atuais das instâncias inferiores⁹⁶. O que se pede, aqui, é que seja feita uma ressalva, para que ele não seja distorcido: tal raciocínio não pode ser aplicado em caso de prisão cautelar ilegal. Nesses casos, fica claro que houve abuso dos poderes coercitivos pelo Estado, levando a um resultado (cientificamente comprovado⁹⁷) de aumentar a predisposição do réu a celebrar acordo de delação. Assim, a restrição da liberdade física tem efeitos claros sobre a liberdade psíquica, influenciando a decisão do réu. Proibir a celebração de acordo com réu em prisão cautelar ilegal não prejudica a defesa. Pelo contrário, trata-se de uma proteção institucional para evitar que o réu celebre acordos sob coação.

(D) Da interpretação conforme a Constituição

- 184** Em suma, tendo em vista a situação problema nesta seção explicitada, os preceitos violados – devido processo legal, direito ao silêncio, presunção de inocência, entre outros –, a partir dos casos concretos que ilustram essa hipótese, requer seja declarado que o artigo 4º, § 7º, inciso IV, da Lei nº 12.850/13 é constitucional se interpretado no seguinte sentido:

nos casos de acordo de colaboração celebrados por réu que se encontre em prisão cautelar manifestamente ilegal (art. 9º, Lei 13.869/2019), presume-se a falta de voluntariedade do delator, devendo a delação ser anulada e consideradas ilícitas todas as provas a partir dela produzidas.

⁹⁵ HC 127.483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, STF, julgado em 27/8/2015.

⁹⁶ HC 5031603-56.2020.4.04.0000, Rel. JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, TRF4.

⁹⁷ A detenção pré-julgamento funciona como uma verdadeira “coerção estrutural” utilizada pela acusação para “dobrar” o réu. Réus detidos aceitam tais acordos, oferecidos pela promotoria desde que se declararem culpados, numa velocidade 2,86 vezes maior do que os não detidos. PETERSEN, NICK. *Do Detainees Plead Guilty Faster? A Survival Analysis of Pretrial Detention and the Timing of Guilty Pleas*. Criminal Justice Policy Review, [S. I.], v. 31, n. 7, p.1- 21, 2020. p. 2, 5, 13. Disponível em: <https://bit.ly/3a1iz2z>.

V.VII

SÉTIMA HIPÓTESE:

**DES PROPORCIONALIDADE NO TRATAMENTO LEGAL DO COLABORADOR
TARDIO EM RELAÇÃO ÀQUELE QUE COLABORA NO INÍCIO DO PROCESSO**

(A) Contextualização da situação-problema

- 185** Como já foi dito, a lei veio a proibir a possibilidade de a colaboração dispor sobre alguns benefícios, no artigo 4º, § 7º, II, da Lei nº 12.850/13.
- 186** Contudo, especificamente no que se refere à progressão de regime, a lei também introduziu uma ressalva nessa proibição, possibilitando esse tipo de acordo para aquele que colabora após a sentença (§ 5º): “Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos”.
- 187** A lógica do direito penal negocial é de que réus que colaboram tardiamente deveriam receber menos benefícios do que os demais, por fazê-lo apenas depois de movimentar o aparato coercitivo estatal. O tratamento é tão desproporcional e incoerente⁹⁸ que entra em choque com outras regras da própria lei, que estabelecem benefícios mais

⁹⁸ “Por fim, vale notar uma incongruência do dispositivo em análise. Ao final do inciso II do § 70 do art. 40, o legislador veda que os acordos pactuem critérios de progressão de regime em desacordo com aqueles previstos na Lei de Execução Penal. Ou seja, proíbe avanços com tempos de progressão mais curtos ou com menos requisitos. Mas faz uma ressalva: tal proibição não alcança os casos do § 50 do mesmo diploma legal. Ocorre que o § 50 trata das colaborações premiadas realizadas após a prolação da sentença. São os casos em que o réu decide cooperar com a Justiça após a condenação – razão pela qual os benefícios possíveis são – ou deveriam ser – mais restritos. Por isso, a lei prevê nessas situações que a pena poderá ser reduzida até a metade (quando para os demais colaboradores esta pode ser reduzida até 2/3), sendo admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. Nota-se aqui uma incongruência. Não parece fazer sentido admitir a flexibilização dos critérios para progressão de regime nos casos do § 50 – de colaboração tardia, após a sentença condenatória – e impedir o mesmo benefício para aqueles que colaboram já no início do processo, na fase de investigações ou mesmo antes disso. **Assim, os benefícios sobre progressão de regime devem se estender a todos os colaboradores, sendo inconstitucional a vedação do inciso II do § 70 do art. 4, por ferir a isonomia e a proporcionalidade previstas no art. 50, I, XLVI e LVI, da Constituição Federal. Sob um prisma político criminal, referida proibição restringe o alcance de instituto favorável ao interesse público, o que milita contra as finalidades legais que justificam sua criação**”. [grifamos] (BOTTINI CRUZ, Pierpaolo; ARAS, Vladmir. Reflexões sobre a homologação do acordo de colaboração premiada. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA NOLL, Márcia (Org.) *Inovações da Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Brasília: MPF, 2020. p. 229-230).

restritos para o colaborador tardio, como apenas poder obter uma redução de até metade da pena quando os demais colaboradores podem obter até 2/3. Além disso, a lei reconhece a necessidade de premiar com maiores benefícios aquele que colabora primeiro, conforme o disposto no inciso II do § 4º do mesmo artigo.

188 Vale lembrar que há posicionamentos mais radicais, contra a própria constitucionalidade da colaboração tardia⁹⁹. A reivindicação que se faz aqui é bem mais modesta, apenas se restringindo à incoerência nos tratamentos, não podendo o colaborador tardio receber benefício negado aos demais. A atual regra fere um juízo básico de proporcionalidade.

189 Com esse tratamento, o Estado estaria gerando incentivos para que o réu não colaborasse no início do processo. O melhor a fazer seria aguardar a sentença para, só então, negociar um acordo. Ao tornar esse plano de ação mais vantajoso, o legislador contraria o próprio interesse público.

(B) Descumprimento de preceito fundamental

190 Na hipótese em questão, viola-se claramente o princípio da igualdade (art. 5º) ao se estabelecer tratamento desproporcional e incoerente a dois tipos de colaborador, sem qualquer razão que justifique maiores benefícios ao colaborador tardio. Pelo contrário, todos os preceitos constitucionais justificam que ele receba menos benefícios do que os demais.

(C) Casos de descumprimento

191 O problema em questão dispensa a citação de casos, pois o vício de inconstitucionalidade se encontra no próprio texto de lei, que não pode ser salvo pela interpretação. Assim, toda decisão que aplicar esse dispositivo sofrerá da inconstitucionalidade.

⁹⁹ “Duplamente aflitivo da coisa julgada, que é garantia fundamental constitucional! [...] Sendo assim, não é possível que, uma vez fixada a pena, transitada em julgado a sentença, um acordo de colaboração premiada possa implicar a afetação desta coisa julgada, reduzindo ou alterando o regime do seu cumprimento, independentemente do quantum de pena aplicado! [...] Francamente, trata-se de um dispositivo não somente inconstitucional, inútil, inaplicável, como também moralmente desprezível e estimulante de uma postura de afronta completa à legalidade. Enfim, uma iniciativa claramente destrutiva e, por isso mesmo, inaplicável”. (BITENCOURT, CEZAR ROBERTO; BUSATO, PAULO CÉSAR. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 129-130).

(D) Da interpretação conforme a Constituição

- 192** Em suma, tendo em vista a situação problema nesta seção explicitada, o preceito violado – isonomia –, requer seja declarado que o artigo 4º, §§ 5º e 7º, inciso II, da Lei nº 12.850/13 é constitucional se interpretado no seguinte sentido:

o benefício da “progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos” deve ser possível na colaboração realizada em qualquer momento, e não apenas naquela posterior à sentença.

VI

MODULAÇÃO DE EFEITOS

- 223** Nas últimas décadas, a questão em torno dos efeitos da decisão no âmbito da jurisdição constitucional tornou-se uma das mais caras e delicadas no Supremo Tribunal Federal¹⁰⁰. Como se sabe, a modulação de efeitos é um mecanismo voltado à preservação da segurança jurídica e, igualmente, dos direitos fundamentais.
- 224** *In casu*, a controvérsia é singular sob duas perspectivas. A *primeira* diz respeito ao propósito que caracteriza a presente ADPF – fixar parâmetros interpretativos a fim de que a aplicação do instituto da colaboração premiada se dê em consonância com a Constituição –, conforme já exposto na Seção IV. A *segunda* envolve propriamente a extensão e o alcance da decisão a partir da delimitação de seus efeitos subjetivos e temporais.
- 225** A pretensão, repita-se, não é a desconstituição dos acordos de colaboração premiada até hoje celebrados. Aliás, esse tipo de pretensão sequer poderia ser objeto de impugnação pela via do controle abstrato de constitucionalidade, que não se destina à solução de casos concretos.
- 226** Ademais, todos sabem que a colaboração premiada é um negócio jurídico processual penal que foi recepcionado pelo ordenamento constitucional brasileiro. Por isso, o que se busca é apenas o aperfeiçoamento do

¹⁰⁰ Ver, para tanto, MEYER, Emílio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 144-163.

instituto, cuja interpretação e aplicação devem – obrigatoriamente – observar os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito.

- 227** Nesse contexto, considerando os princípios da segurança jurídica, da confiança e da boa-fé – visto que houve a homologação de inúmeros acordos celebrados entre cidadãos e o Estado nas condições ora inquinadas de inconstitucional –, é preciso ter em conta que a concessão de efeitos retroativos pode ocasionar grave lesão a direitos e interesses, individuais e coletivos, frustrando expectativas legítimas sobre as quais se criaram diversas obrigações jurídicas.
- 228** Desse modo, a fim de evitar maior instabilidade jurídica do que aquela que se pretende combater, a modulação de efeitos é medida que se impõe no caso *sub judice*, atribuindo-se **eficácia erga omnes** e **efeito *ex nunc*** à decisão, tendo em vista que se trata da fixação de parâmetros constitucionais à interpretação da lei, de maneira que se preserve a segurança jurídica, a confiança e a boa-fé em relação aos acordos de colaboração premiadas celebrados.
- 229** Isso não significa dizer, porém, que as garantias processuais fundamentais possam ser relativizadas. Ao contrário. Assim, em nome da ampla defesa, é **necessário ressalvar àqueles que se sentirem lesados a possibilidade de discutirem a invalidade dos reflexos das delações**, perante a autoridade competente, uma vez que o exame de casos concretos transcende o propósito do controle abstrato de constitucionalidade das leis.

VII

CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

- 230** A relevância e a repercussão da matéria discutida na presente arguição justificam, como se vê, a concessão de antecipação de efeitos da tutela em caráter liminar, pelo relator, *ad referendum* do Tribunal Pleno, na forma do artigo 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999.
- 231** Desde logo constata-se o *fumus boni juris* da pretensão, sobretudo considerando que todos os itens apresentados podem ser deferidos a partir de uma leitura constitucional adequada dos dispositivos legais

pertinentes. Ademais, as hipóteses apresentadas buscam atribuir o **selo de garantia e segurança jurídica** do controle concentrado a decisões e posicionamentos já manifestados por esta Corte Suprema de maneira difusa.

- 232** Veja-se: este Supremo Tribunal Federal já decidiu pela nulidade na hipótese de descumprimento da **regra de que o delatado se manifesta depois do delator**, faltando apenas a definição acerca do caráter (absoluto) desta nulidade e a desnecessidade de demonstração de prejuízo. Além disso, a discussão acerca dos benefícios admitidos em acordo de colaboração premiada passa pela interpretação alinhada aos princípios constitucionais de que não se pode negociar todo e qualquer elemento em matéria processual penal.
- 233** Nesse mesmo sentido, é inquestionável a garantia ao contraditório e à ampla defesa do delatado, a quem deve ser resguardado **o direito de impugnar o acordo de delação**, em seus aspectos formal e material, como vem sendo reconhecido por esta Corte. Ademais, a presunção de que **carece de voluntariedade a colaboração premiada realizada por réu preso ilegalmente** é decorrência da leitura adequada das normas em questão – e de posicionamentos dos membros deste Supremo Tribunal Federal contra o fenômeno das *colaborações forçadas* –, conforme se demonstrou ao longo desta inicial.
- 234** Também está caracterizado o *periculum in mora*, especialmente observado o risco de grave lesão do direito de todos aqueles que possam ser afetados pela legislação e pelas práticas judiciárias inquinadas como inconstitucionais. Não só perdem os delatados, que se veem privados de direitos e garantias fundamentais, como toda a sociedade é prejudicada pelas arbitrariedades apontadas, que permanecerão sendo praticadas durante o curso desta arguição, uma vez que investigações e processos absolutamente ilegais podem vir a ser anulados tardiamente, quando já arruinadas a reputação e a vida de muitos investigados. Também é oportuno destacar a urgência em que seja dada uma disciplina jurisprudencial às delações premiadas, principalmente a partir da vigência da Lei n.º 13.964/2019 e dos inúmeros problemas que ela vem apresentando, com graves prejuízos para a segurança jurídica.

- 235** Logo, com base nos fundamentos apresentados, requer-se a concessão de medida liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno (art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/99), sem a prévia oitiva dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, até o julgamento definitivo desta ADPF, viabilizando a observância dos direitos e garantias fundamentais envolvidos nos acordos de colaboração premiada.

VIII CONCLUSÃO

- 236** Em uma sociedade que se pretende democrática, o Estado não dispõe do Direito. A lei deve estar acima do próprio Estado. Por isso o conceito de *Rule of Law*. Nesse sentido, o combate à criminalidade não deve e não pode ser feito à revelia das garantias processuais fundamentais.
- 237** Por isso, a Constituição serve como uma muralha contra as tentadoras invasões do arbítrio, que “encurtam” o caminho no combate aos ilícitos. Esse é o indigitado lema “os fins justificam os meios”.
- 238** Nesse contexto é que se justifica a importância de uma arguição com o objetivo de estabelecer parâmetros ao instituto da delação premiada: impedir e fazer cessar as inconstitucionalidades que vêm sendo praticadas sob a justificativa do combate à corrupção. A título ilustrativo da relevância e contemporaneidade do tema, vejamos uma coletânea de episódios lastimáveis que colocam em xeque a credibilidade de todo o sistema de justiça:
- (a)** O caso envolvendo ANTONIO PALOCCI¹⁰¹, em que a colaboração premiada implicou a obtenção de contrapartida financeira. Por essa razão, a 2ª Turma desta Suprema Corte decidiu, no Habeas Corpus nº 163.943, pelo desentranhamento da delação premiada de PALOCCI dos autos da ação penal contra o ex-presidente LULA.

¹⁰¹ A delação teria sido utilizada como forma de chantagem, servindo apenas para confirmar relatos pré-estabelecidos. Fonte: <https://bit.ly/3laVEYO>.

- (b) O caso envolvendo SERGIO CABRAL¹⁰², cuja delação foi promovida sem a anuência do Ministério Público. Por meio do julgamento da Petição nº 8.482, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não homologação da delação, a requerimento da Procuradoria-Geral da República.
- (c) O caso envolvendo NYTHALMAR DIAS FERREIRA FILHO¹⁰³, no qual o advogado acusou o juiz MARCELO BRETAS de manipular processos. As informações prestadas pelo advogado ensejaram reclamação contra o magistrado no Conselho Nacional de Justiça, bem como as exceções de suspeição nº 5037777-61.2020.4.02.5101 e 5064990-76.2019.4.02.5101 perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
- (d) O caso envolvendo ALBERTO YOUSSEF¹⁰⁴, em que as delações previram cláusula que estabelecia à defesa obrigatoriedade de desistir de todos os atos de defesa incluindo aqueles relativos a competência e nulidades. A validade do acordo provocou controvérsia e a rescisão, prolatada pelo Tribunal de Justiça do Paraná, foi revertida por esta Corte no julgamento da Reclamação nº 37.343.
- (e) O caso envolvendo ENRICO VIEIRA MACHADO¹⁰⁵, no qual uma das cláusulas do acordo de colaboração envolvia a compra de um software de espionagem a ser utilizado pelo Ministério Público. O ministro RICARDO LEWANDOWSKI, relator da Reclamação nº 43.007, promovida pela defesa do ex-presidente LULA, encaminhou o documento à Procuradoria-Geral da República e à Corregedoria-Geral do Ministério Público Federal.

¹⁰² A delação teria ocultado, deliberadamente, informações essenciais à investigação. Além disso, em setembro de 2020, o delator incluiu alegações contra o ministro DIAS TOFFOLI, embora os inquéritos não contassem com qualquer referência anterior ao ministro. Fonte: <https://bit.ly/3ibOwZN>.

¹⁰³ Conforme NYTHALMAR, o juiz teria agido negociando penas e orientando advogados e MP. Fonte: <https://bit.ly/3ibB7kf>.

¹⁰⁴ Em colaboração superveniente, o delator alega narra ter descumprido o acordo e cometido diversos crimes após finalizar a primeira delação. Fonte: <https://bit.ly/2VnovdG>.

¹⁰⁵ De acordo com a Reclamação nº 43.007, a operação Lava Jato teria utilizado o acordo de colaboração premiada como forma de garantir seu acesso a armas de espionagem cibernética, como o Pegasus. Fonte: <https://bit.ly/3f6Hza7>.

(f) O caso envolvendo a retratação, por meio de carta, do ex-presidente da OAS, LEO PINHEIRO¹⁰⁶. No documento, acostado aos autos, o colaborador revelou que nunca autorizou ou teve conhecimento de pagamentos de propina às autoridades citadas no caso. As informações contrariam a narrativa da delação premiada prestada por PINHEIRO.

239 Conforme leciona FRANCISCO MENDES, episódios como esses revelam a controversa eficácia vislumbrada *pelos entusiastas dos acordos de colaboração*: *Se, por um lado, a prática de acordos tem levado a resultados rápidos e visíveis sobre a punição das empresas e dos entes governamentais envolvidos em casos de corrupção, por outro lado, tem levado a erros notáveis e causado enormes perdas sociais*¹⁰⁷.

240 Nesse sentido, por exemplo, a questão da (i)legalidade do *informante confidencial* como meio de obtenção de provas no processo penal – o que reflete diretamente sobre toda a sistemática das colaborações premiadas – aguarda julgamento no Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do HC n° 525.799, de relatoria da ministra LAURITA VAZ.

241 Além disso, também no âmbito cível, o legislador, ao reformar recentemente a Lei de Improbidade Administrativa (por meio da Lei n. 14.230/21), regulamenta o *acordo de não persecução cível*, mas abstém-se de fixar quaisquer critérios para aplicação do instituto, nos termos dos parâmetros propostos por esta arguição.

242 Talvez o maior teste em um Estado que incorpore o *Rule of Law* seja o de que, por exemplo, o combate aos ilícitos não dependa de voluntarismos, protagonismos, atravessamentos, ameaças, pressões a familiares de investigados, impunidades às avessas com barganhas antirrepublicanas e distorções e/ou leituras inconstitucionais de institutos que visam a proporcionar aquilo que o Constitucionalismo

¹⁰⁶ A carta foi um dos elementos de prova que levou ao arquivamento da investigação que acusava o ex-presidente de corrupção e tráfico influência junto ao governo da Costa Rica. Fonte: <https://glo.bo/3jJOKrd>.

¹⁰⁷ MENDES, Francisco Schertel. *Leniency policies in the prosecution of economic crimes and corruption: consensual justice and search for truth in Brazilian and German Law*. Baden-Baden: Nomos, 2021, p. 312.

pretendeu legar: proteger o cidadão contra o arbítrio estatal, para além de consequentialismos e interpretações *ad hoc*. Em nome do combate ao crime não se pode suspender a lei. E nem a Constituição.

- 243** É nesse ponto que o controle de constitucionalidade vem a ser o mecanismo de regulação dessa relação “Lei-Cidadão-Estado”. E as ações constitucionais – e, aqui, em especial, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – constituem o mecanismo de aposição do selo de garantia, impedindo retrocessos em relação a direitos já conquistados, assegurando direitos do presente e projetando segurança jurídica para o futuro. É o presente caso.

IX

PEDIDOS E REQUERIMENTOS

- 244** Com amparo na jurisprudência que vem se consolidando neste Supremo Tribunal Federal (art. 927, V, CPC), uma leitura constitucionalizada do instituto da colaboração premiada pressupõe que: **(i)** a delação cruzada não sirva como fundamento para decretação de medidas cautelares, recebimento de denúncia e sentenças condenatórias; **(ii)** o réu delatado possa manifestar-se por último em todas as fases do processo, sob pena de nulidade absoluta, presumindo-se prejuízo ao exercício da ampla defesa; **(iii)** a liberdade de pactuar as cláusulas dos acordos de delação encontra limites pré-estabelecidos em lei; **(iv)** a configuração de delação venal compromete a validade do acordo; **(v)** a ampla defesa implica a possibilidade de terceiros impugnarem, material e formalmente, os acordos de colaboração; **(vi)** a delação celebrada em situação de prisão cautelar manifestamente ilegal é nula por ausência de voluntariedade; **(vii)** o benefício da progressão de regime possa ser pactuado a qualquer momento.
- 245** Assim, diante de exposto, o **PARTIDO DOS TRABALHADORES** vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, requerer:
- (a)** o **conhecimento** da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, visto que satisfeitos os requisitos e pressupostos processuais;

- (b) a **concessão de medida cautelar**, a ser referendada pelo Plenário, na forma do artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, tendo em vista a demonstração da urgência e do perigo de lesão grave a preceitos fundamentais, para fixar, liminarmente, os seguintes parâmetros constitucionais à interpretação dos dispositivos impugnados – todos relativos à aplicação do instituto da colaboração premiada –, cujo teor se encontra em estrita consonância com a jurisprudência produzida por esta Corte:
- (b.1) em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou, sob pena de nulidade absoluta por manifesta violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa;
 - (b.2) são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória, faculdade essa que também se estende a terceiros, sobretudo ao réu delatado, para fins do pleno exercício da ampla defesa;
 - (b.3) nos casos de acordo de colaboração celebrados por réu que se encontre em prisão cautelar manifestamente ilegal (art. 9º, Lei 13.869/2019), presume-se a falta de voluntariedade do delator, devendo a delação ser anulada e consideradas ilícitas todas as provas a partir dela produzidas;
- (c) a **requisição de informações** ao Senado Federal, Câmara de Deputados e à Presidência da República;
- (d) a **intimação** da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, no prazo comum de cinco dias;
- (e) a **produção de todas as provas** necessárias ao desfecho da ação e, caso entenda necessário, a adoção das providências previstas no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99;
- (f) no mérito, a **procedência dos pedidos** deduzidos nesta inicial para fixar parâmetros hermenêuticos à aplicação do instituto da colaboração premiada – com o intuito de preservar as garantias

processuais fundamentais violadas (art. 5º, CR) –, por meio da técnica da **interpretação conforme a Constituição**;

- (f.1)** o artigo 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13 é constitucional se a norma for interpretada no seguinte sentido: *as declarações do colaborador premiado, mesmo quando corroboradas por outras delações recíprocas, não poderão ser o único fundamento para ensejar decretação de medidas cautelares reais ou pessoais; decisão de recebimento de denúncia ou queixa-crime; sentença condenatória, sob pena de violação ao devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência* (ou, por meio da nulidade parcial sem redução de texto, declare inconstitucional a interpretação que admite a delação cruzada como o único fundamento para ensejar decretação de medidas cautelares reais ou pessoais; decisão de recebimento de denúncia ou queixa-crime; sentença condenatória).
- (f.2)** o artigo 4º, § 10º-A, da Lei nº 12.850/13 é constitucional se a norma for interpretada no seguinte sentido: *em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou, sob pena de nulidade absoluta por manifesta violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.*
- (f.3)** o artigo 4º, § 7º, inciso II, da Lei nº 12.850/13 é constitucional se a norma for interpretada no seguinte sentido: *a homologação do acordo pelo juízo competente será precedida de análise a respeito da adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º do artigo 4º da Lei, não podendo ser negociadas quaisquer vantagens diversas daquelas preestabelecidas pelo legislador.*
- (f.4)** o artigo 3-A da Lei nº 12.850/13 é constitucional se a norma for interpretada no seguinte sentido: *o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e*

meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos, sendo vedada qualquer contrapartida econômica de terceiros em favor do delator, sob pena de sua manifesta invalidade por vício de falta de voluntariedade e violação da boa-fé.

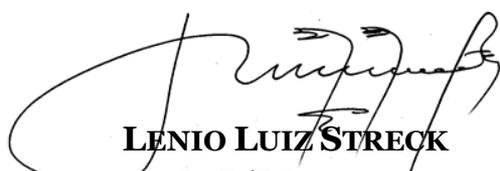
- (f.5)** o artigo 4º, § 7º-B, da Lei nº 12.850/13 é constitucional se a norma for interpretada no seguinte sentido: *são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória, faculdade essa que também se estende a terceiros, sobretudo ao réu delatado, para fins do pleno exercício da ampla defesa.*
- (f.6)** o artigo 4º, § 7º, inciso IV, da Lei nº 12.850/13 é constitucional se interpretado no seguinte sentido: *nos casos de acordo de colaboração celebrados por réu que se encontre em prisão cautelar manifestamente ilegal (art. 9º, Lei 13.869/2019), presume-se a falta de voluntariedade do delator, devendo a delação ser anulada e consideradas ilícitas todas as provas a partir dela produzidas.*
- (f.7)** o artigo 4º, §§ 5º e 7º, inciso II, da Lei nº 12.850/13 é constitucional se interpretado no seguinte sentido: *o benefício da “progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos” deve ser possível na colaboração realizada em qualquer momento, e não apenas naquela posterior à sentença.*
- (g)** a atribuição de **efeitos ex nunc** à decisão de mérito, tendo em vista que se trata da fixação de parâmetros constitucionais à interpretação da lei, de maneira que se preserve a segurança jurídica, a confiança e a boa-fé em relação aos acordos de colaboração premiadas celebrados, ressalvada a faculdade daqueles que se sentirem lesados discutirem a invalidade dos reflexos das delações, caso a caso, perante a autoridade competente.

Requer, outrossim, que **todas as intimações sejam realizadas em nome dos advogados subscritores**, sob pena de nulidade, conforme aduz o § 5º do artigo 272 do Código de Processo Civil.

Por fim, em atenção ao disposto no artigo 291 do Código de Processo Civil, apesar da impossibilidade de aferir conteúdo econômico, atribui-se à causa o valor de **R\$ 1.000, 00**.

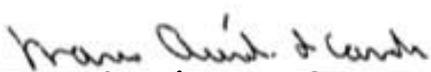
Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 1º de dezembro de 2021.


LENIO LUIZ STRECK
OAB/RS 14.439


ANDRÉ KARAM TRINDADE
OAB/RS 95.122


FABIANO SILVA DOS SANTOS
OAB/SP 219.663


MARCO AURÉLIO DE CARVALHO
OAB/SP 197.538