

VOTO VOGAL

O SENHOR DIAS TOFFOLI:

PRELIMINAR: Necessidade de anuência do *dominus litis* para a perfectibilização do acordo de delação premiada (como condição de homologação em acordos de colaboração premiada).

Desde o julgamento da ADI 5.508, cujo objeto traduzia-se em definir se o acordo de colaboração premiada poderia ser celebrado entre a Polícia Judiciária e o Colaborador, independentemente da presença do Ministério Público, a distinção que o i. Relator, Ministro **Edson Fachin** realizou entre o “acordo” - enquanto espécie - e a “colaboração premiada” enquanto gênero que abrange o primeiro, sempre me pareceu bastante esclarecedora.

Nessa perspectiva, o “acordo”, como espécie do gênero “colaboração premiada”, pressupõe uma série de requisitos e condicionantes - expressamente previstos em lei (Lei 12.850/2013), especialmente porque, como já se reconheceu em outros precedentes desta Corte (notadamente no HC 127.483 - Pleno, de minha relatoria e na questão de ordem na PET 7.074-Pleno, de relatoria do e. Ministro **Edson Fachin**), trata-se de negócio jurídico personalíssimo, que atribui direito subjetivo ao colaborador (se eficaz a colaboração nos termos fixados no acordo).

Essa noção foi incorporada ao texto do “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/2019), responsável por alterações substanciais na lei de regência do instituto (Lei 12.850/13), dentre elas, *i n verbis*:

“Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.”

Portanto, a premissa acerca da natureza jurídica do acordo de colaboração premiada (espécie), que já integrava os precedentes desta Suprema Corte sobre o assunto, passou a estar prevista na lei.

Antes disso, entretanto, quando esta Corte julgou a ADI 5.508, em que se afirmou a possibilidade de a polícia celebrar acordo de colaboração premiada (negócio jurídico) - mesmo reconhecida sua impossibilidade de

dispor sobre sanções premiaias (por não ser o *titular da persecução penal*) - já havia expressado preocupação em, mantendo a coerência com outros precedentes desta Corte (especialmente o HC 127.843 e a PET 7.074 supracitados), **diferenciar as esferas de atuação da Polícia Judiciária e do Ministério Público, em face de suas atribuições constitucionalmente previstas** . Dos debates, relembro as seguintes passagens:

“O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Antes da homologação, não, isso é aquilo que eu votei no 127.483, a homologação é condição de eficácia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E fica próximo um pouco do Ministro Fachin, que citou o Professor Celso Antônio Bandeira de Melo quanto ao ato que aqui nem seria complexo, seria composto, porque dependeria das duas vontades. E daí a aceitação. (...)

(...)

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Eu faço uma outra interpretação conforme - não sei se é o momento de fazer, eu prefiro até não fazer, coloquei como *obiter dictum* , porque eu acho que essa discussão não foi colocada aqui, então, não colocaria -, que é o poder negocial do Ministério Público .

Mas as minhas premissas ficam claras, ou seja, **o acordo que a Polícia pode fazer não tem, da minha óptica, a mesma dimensão de conteúdo que tem e de que dispõe o Estado-acusador.** ” (grifos acrescidos)

Naquela ocasião, entretanto, a Corte envolveu-se sobremaneira com o enfoque das sanções premiaias, sobretudo com o perdão judicial , o que nos levou a concluir pela impossibilidade – diante do intransponível reconhecimento da titularidade exclusiva do *Parquet* sobre a persecução penal (art. 129, CRFB) - **de a polícia judiciária negociar benefícios típicos de direito material (penas) no acordo de colaboração premiada, embora tenhamos admitido, por maioria, a possibilidade de ela celebrar acordos diretamente com o colaborador** (ADI 5.508, STF, Pleno, decisão em 20.6.2018) .

Como dito, naquele momento, não foi debatida verticalmente situação como a presente: em que o acordo com o colaborador, rechaçado pelo Ministério Público, na sequência foi aceito pela Polícia Judiciária e, quando ouvido o *Parquet* (em cumprimento à expressa dicção legal – art. 4º, §2º, Lei 12.850/2013), novamente este se posicionou de forma contrária à sua celebração, fundamentando a recusa, em apertada síntese, em juízos de eficácia virtual, interesse público, utilidade e adequação.

É de se ressaltar que o acordo outorga segurança ao colaborador, na medida em que, cumprida a sua parte na avença, para ele nasce verdadeiro direito subjetivo aos benefícios nele previstos, consoante fixado no HC 127.483, de minha relatoria:

“Com a institucionalização do acordo, estabeleceu-se modalidade de colaboração por meio da qual direitos e deveres do colaborador são previamente negociados com o Estado, descritos e estipulados, conferindo-se lhe, desde que cumpra com suas próprias obrigações, direito subjetivo aos benefícios assentados no termo. Este Tribunal Pleno já reconheceu que, na perspectiva processual, a colaboração premiada, a um só tempo, qualifica-se como meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual personalíssimo (...)” (HC 127.483, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015).

Nessa mesma assentada, ainda restou expressamente reconhecido que “*Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador*”.

Na sequência, quando a Corte examinou caso em que se discutiam as atribuições do Relator quanto ao acordo de colaboração premiada (PET 7.074, Pleno, Rel. Ministro **Edson Fachin**), como tema principal, voltamos a reafirmar os termos daquele *leading case*.

A partir dessa primeira premissa, estampada em nossos precedentes de forma indelével e em relação a qual não houve qualquer alteração pela nova redação legal, também estou de acordo com o i. Relator quando afirma que “ num contexto negocial, próprio da celebração de um acordo, o Estado dispõe de parcela de seu jus puniendi em atividade transacional típica. (...) Nesse momento, ao celebrar um acordo, o Estado abre mão de uma parcela de seu poder punitivo”.

Este ponto, aliás, não foi objeto de discordância por ocasião do julgamento da ADI 5.508, de modo que a partir dele consignou-se a impossibilidade de a autoridade policia I – na condição de celebrante do acordo sem poderes de transigir, por não titularizar o direito objeto da avença – já indicar as sanções premiaias que estaria a conceder, acaso cumpridos os termos do pacto.

Estabeleceu-se a possibilidade de a Polícia Judiciária, nessas condições “pleitear” ou “representar” pelas sanções premiais ao colaborador, ficando à mercê do juízo competente, por ocasião do sentenciamento acolhê-las ou não.

Concluiu-se, portanto, por dividir as tarefas no âmbito da Polícia e do Ministério Público, mas não se estabeleceu como condicionante ao acordo a concordância do *Parquet*, c omo faz a doutrina predominante, cujo exemplo pode ser retirado das palavras de Frederico Valdez Pereira

“t ratando-se de acordo de colaboração encaminhado na fase pré-processual, os §§ 2º e 6º do art. 4º indicariam que tal legitimidade seria também do delegado de polícia, que, na redação da norma, pode negociar a formalização do acordo com o investigado e até mesmo representar pela concessão de perdão judicial ao colaborador.

Segundo sustentado, acaso se pretenda a manutenção dos referidos dispositivos legais, seria necessário interpretá-los conjuntamente com o *caput* do art. 4º, que é expresso em atribuir às partes, logo a MP e acusado, a capacidade de postular a concretização da colaboração premiada, na condição de protagonistas do acordo, no âmbito de um instituto jurídico de natureza eminentemente negocial com sensíveis efeitos sobre a ação penal e a futura reprimenda penal.

Sem essa interpretação, pareceria inarredável a conclusão pela inconstitucionalidade de tais normas, uma vez que a titularidade exclusiva da ação penal é do MP, conforme art. 129, I da CF, de modo que apenas ele, em acerto com o investigado e seu defensor poderia dispor total ou parcialmente da persecução penal. (com grifos acrescidos)

Apresenta o mesmo autor, ainda, o resultado da subsunção das premissas teóricas supramencionadas ao “mundo dos fatos” para concluir em sentido idêntico ao que ora se propõe:

“Na prática, a autoridade policial somente poderia iniciar as tratativas direcionadas a verificar o interesse do investigado na colaboração, até mesmo indicando a possibilidade de prêmio mediante o preenchimento das condições legais.

Na sequência, com o avanço da possibilidade de negociação, a autoridade policial deveria representar ao membro do MP para que finalizasse a formalização do acordo e encaminhasse a postulação,

isolada ou conjuntamente com o colaborador e com a autoridade policial ao juiz para fins de homologação, ainda que o acerto se realizasse na fase de inquérito policial.

Haveria ainda outra possibilidade, talvez mais presa aos termos legais, que seria consentir que o delegado de polícia negociasse os termos do acordo ; de colaboração e inclusive representasse ao juiz para a formalização do pacto, no entanto seria sempre indispensável a expressa concordância do Ministério Público com os termos inseridos na proposta de acordo.

Não é por outro motivo que tanto o § 2º, como o § 6º do art. 4º preveem explicitamente a necessidade de manifestação do MP para complementação do consenso entre as partes, o que é inerente ao acordo (caput do art. 4º).

Em outras palavras, à vontade exteriorizada pelo delegado de polícia é indispensável a manifestação conjunta do Ministério Público.”

Cuida-se, em outros termos, exatamente da lógica proposta pelo i. Relator, vejamos:

“A lei autoriza ao Delegado de Polícia: (i) representar ao Juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador; (ii) participar das negociações entre as partes; (iii) apresentar para manifestação do Ministério Público a colaboração, decorrente de negociação entre delegado, investigado e defensor. É a enunciação da qual trata a lei (inciso II, art. 6º). (...)”

A colaboração, na hipótese supra (é a hipótese iii) deverá, mesmo, conter, na proposta a assinatura do Delegado de Polícia, **além da imprescindível presença do Ministério Público (ou seja, manifestação que compreende assinatura do respectivo representante no acordo).**

Em duas oportunidades a Lei n. 12.850 impõe a manifestação do MP: no § 2º do art. 4º e no § 6º do mesmo artigo.

O inciso IV desse art. 6º há de ser compreendido em hermenêutica constitucional coerente com as normas da Constituição que se projetam sobre a presença do Estado no acordo.

Contudo, para *presentar* isoladamente o Estado na celebração do negócio jurídico, teria o Delegado de Polícia de dispor de direito que se associa ao exercício, integral ou parcial, da pretensão punitiva que, como visto, na hipótese de ação penal pública, é titularizada pelo Ministério Público.”

Essa compreensão, reitera-se,

“não exclui da autoridade policial a possibilidade de recorrer à colaboração premiada. O que se deve é delimitar os efeitos do seu espaço de atuação aos limites investigativos do inquérito. Nesses lindes, permite-se ao delegado de polícia o início de tratativas, o impulso e fomento da postura colaborativa, a prestação de informações e esclarecimentos, a busca de elementos que embasem as revelações do agente. A autoridade policial não está legitimada a extravasar os efeitos de sua atuação investigativa, de modo a atingir, mesmo que reflexamente, o jus puniendi ou o exercício da ação penal”.

A partir dessas premissas, o i. Relator revelou possuir a mesma preocupação que venho externando em minhas manifestações acerca do tema: a segurança jurídica e a proteção da confiança do particular (colaborador) que celebra acordo com o Estado . Apanho trechos de seu voto para demonstrar essa asserção:

“(…) se o Ministério Público não reputou suficientemente relevantes e/ou inéditas as informações que seriam fornecidas pelo pretense colaborador, **não cabe ao interessado buscar a celebração de acordo com Órgão diverso.**”

“(…) **o acordo em âmbito policial não pode se transformar numa nova oportunidade para que o candidato a colaborador, cujos elementos de convicção de que dispunha tenham sido considerados insuficientes por um agente estatal, possa submeter sua proposta a uma segunda análise. Deve o Estado-Acusação manifestar-se a uma só VOZ.**”

Igualmente, ilustro com minhas intervenções sobre o ponto, no julgamento da PET 7.074 e da ADI 5.508:

“ Com esse pensamento, Senhora Presidente, ao analisar o precedente do HC 127.483, de que fui Relator, examinei a Lei 12.850 sob a óptica do negócio jurídico processual e sob a óptica do colaborador. O u seja, aquilo gerará direitos subjetivos que o Estado terá de cumprir para com o colaborador. Evidentemente, se há um acordo, o Estado receberá as informações necessárias para combater o crime. A gora, da óptica do colaborador, aquilo que ele está oferecendo para combater o crime será a garantia de que a respectiva sanção premial lhe será outorgada lá adiante.” (PET 7.074)

(…)

Sua Excelência (e aqui referia-me ao i. Relator, Ministro Marco Aurélio) parte da premissa que, ao fim e ao cabo, o juiz é que decidirá sobre tudo. Eu não comungo totalmente dessa posição, e Vossa Excelência sabe disso, porque, naquele voto no precedente do habeas corpus, **eu votei no sentido de haver uma relação negocial entre o Estado - e o Estado é um só - e o colaborador.**

E o Estado não pode dar com uma mão e depois tirar com a outra. Eu já disse isso no julgamento da PET da relatoria de Vossa Excelência. Então, o que nós temos aqui? Temos de delimitar os limites do papel de cada expressão do Estado com o cidadão. (ADI 5.508)

A conclusão a que chega o i. Relator, que estou a subscrever, no sentido de que a manifestação favorável do Ministério Público ao acordo – quando dele não for parte – é condição para sua homologação é a única, com todo respeito a posições divergentes, dentro de nosso sistema legal e constitucional que soluciona, com segurança jurídica e proteção da confiança, o aparente conflito.

É a única que concretiza tais princípios, renovando vênias a quem pense de modo diferente, porque evita a preocupação que sempre expressei: **de o Estado não dar com uma mão e tirar com a outra** . É a solução também propugnada pela ampla maioria da doutrina especializada ao tratar desse tema para evitar aporia.

A condicionante de anuência do Ministério Público antes da homologação – ato após o qual nasce verdadeiro direito subjetivo para o colaborador, reitera-se - em verdade é uma garantia adicional aos pactuantes.

Isso porque, se o Procurador-Geral da República promover o arquivamento das investigações, só resta ao Supremo Tribunal Federal atendê-la, homologá-la.

Daniel Marchionatti, professor e ex-juiz instrutor deste Tribunal bem explica a razão, em sua obra “Processo Penal contra Autoridades: “ *o art. 28 do CPP seria, em tese, aplicável aos inquéritos originário de Tribunais. No entanto, nos Tribunais em que oficia o órgão máximo do ramo competente do Ministério Público, ou membro sob sua delegação, não é viável discordar do requerimento de arquivamento. Dessa forma, o pedido de arquivamento é obrigatório no STF, STJ, e TJs*”.

E conclui: “ os pedidos de arquivamento formulados ao STF não são passíveis de discordância pelo Tribunal. Isso porque oficia perante o Supremo Tribunal Federal o Procurador-Geral da República, ou outro membro sob sua delegação. Logo, tratar-se-ia de instância máxima dentro do Ministério Público Federal. Não haveria como aplicar o art. 28 do CPP.

Não por outra razão, é pacífico na jurisprudência desta Suprema Corte o reconhecimento de sua impossibilidade de sindicado pedido de arquivamento do *dominus litis* (na espécie, o Procurador-Geral da República).

Ao se compreender de forma diversa, criar-se-ia a esdrúxula (e indesejável, sob o ponto de vista da segurança jurídica e da proteção da confiança) situação em que terceiro, que ficara de fora da relação jurídica, poderia acabar com a avença pactuada. Esse quadro só piora quando se lembra, de novo e sempre, que tanto o terceiro quanto o pactuante são “braços” do Estado; são entes estatais.

À míngua da concordância do Ministério Público na avença, o quadro é de total insegurança jurídica e desproteção da confiança legítima nos atos estatais com a chancela do Estado (Juiz).

Diante de todo o exposto, **com a ressalva de não adentrar o caso concreto , acompanho o i. Relator tão somente quanto à preliminar para prover o agravo da Procuradoria-Geral da República** , reconhecendo a necessidade – nos acordos firmados entre autoridade policial e colaborador – da anuência do Ministério Público, como condição para a perfectibilização (homologação) do ato.