



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Habeas Corpus n. 166373

Relator: Ministro Edson Fachin

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

Resumo:

(I) Tese principal: a concessão de prazo comum, e não sucessivo, para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais não viola qualquer previsão legal, sendo, ao revés, o mero cumprimento do art. 403 do CPP (o qual jamais foi declarado inconstitucional pelo STF). Desse modo, não há que se decretar a nulidade de atos praticados de tal forma, já que, no direito brasileiro, o primeiro requisito para a decretação da nulidade consiste na prática de ato em desconformidade à norma.

(II) Tese subsidiária: (II.1) para a decretação da nulidade do ato de concessão, a corréus delatores e delatados, de prazo comum para alegações finais, deve restar demonstrado que a prática do ato dessa forma acarretou **efetiva** (e não meramente presumida) ofensa ao direito de defesa do corréu delatado, causando-lhe prejuízo. Isso somente ocorrerá se as alegações finais apresentadas pelo corréu delator trouxerem fato novo, sobre o qual o corréu delatado não pode se manifestar ao longo do processo. O mero fato de o réu delatado - que teve prazo comum com o réu delator para apresentar alegações finais - ter recebido contra si sentença penal condenatória, não pode ser considerado “prejuízo” para fins de decretação de nulidade. É que se o réu delatado teve oportunidade de rebater todos os fatos que lhe foram imputados ao longo do processo, e não foi surpreendido com nenhum fato novo nas alegações finais apresentadas pelo réu delator, então o réu delatado exerceu plenamente seu direito de influenciar no convencimento do juiz (uma das facetas da ampla defesa). E mesmo tendo exercido esse direito, o juiz resolver proferir a condenação. Nessa situação, não há relação causal lógica e possível entre a

sentença condenatória e o fato de o réu delatado ter tido prazo comum com o réu delator para ofertar alegações finais. E nem se diga que, mesmo ausentes fatos novos, a simples circunstância de o réu delator apresentar alegações finais (que se limitem a fazer um resumo de tudo o que foi dito e discutido ao longo do processo), e o réu delatado não poder ter acesso a tais alegações e rebatê-las, causaria prejuízo a sua ampla defesa. O réu delatado se defende contra fatos, e não contra peças jurídicas que condensam fatos em relação aos quais já houve defesa. O direito de reação, uma das vertentes da ampla defesa, volta-se contra fatos imputados ao réu. E são esses fatos que serão levados em conta pelo juiz quando da prolação da sentença. Justamente por isso, repita-se, são desses fatos que o réu delatado deve ter a chance de se defender, sob pena de ter seu direito à ampla defesa violado. Exigir que o direito à ampla defesa do réu delatado vai ao ponto de lhe garantir poder rebater qualquer peça apresentada pelo réu delator, ainda que seja uma peça que em nada inove no processo, que em nada influencie no convencimento do juízo, equivale a conferir uma interpretação artificial e pouco realística ao direito à ampla defesa.

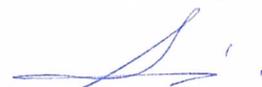
(II.2) além disso, a nulidade deve ter sido suscitada pelo corréu delatado no momento oportuno, ou seja, na primeira oportunidade que a ele couber ao réu falar nos autos, sob pena de se operar a preclusão temporal.

(III) Sendo rejeitada, pelo Pleno do STF, a tese principal deste memorial, o novo entendimento deve ter efeitos *ex nunc*, ou seja, deve se aplicar apenas para atos praticados após a sua prolação, como forma de preservar a segurança jurídica, que estaria abalada na hipótese de serem anuladas milhares de condenações criminais.

O Procurador-Geral da República vem, respeitosamente, apresentar **MEMORIAL** em que tece breves considerações teóricas **acerca da controvérsia posta nos presentes autos.**

I – Breve introdução

Como se sabe, na sessão do dia 27 de agosto de 2019, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento a agravo regimental interposto por **ALDEMIR BENDINE** nos autos do *Habeas Corpus* n. 157627, oportunidade em que sedimentou o entendimento de que, mesmo à míngua de previsão legal, e em observância aos princípios constitucionais da ampla



defesa e do contraditório, deve ser assegurado aos corréus que tenham sido delatados o direito de apresentarem alegações finais apenas após a apresentação de alegações finais pelos corréus delatores, dada a evidente carga acusatória de que se revestem estas últimas.

Com base nessa posição, a 2ª Turma do STF decidiu **anular** a sentença que condenou **ALDEMIR BENDINE nos autos da** Ação Penal nº 5035263-15.2017.4.04.7000/PR, da 13ª Vara Federal de Curitiba, bem como os atos processuais posteriores ao encerramento da instrução processual penal, assegurando ao paciente o direito de oferecer **novamente** memoriais finais escritos, **após os corréus delatores**.

Por vislumbrar o potencial de que o entendimento subjacente à decisão proferida pela 2ª Turma do STF no julgamento do HC n. 157627 afete inúmeras condenações criminais, e com o objetivo de “angariar segurança jurídica e estabilidade jurisprudencial”, o Ministro Edson Fachin, já no dia 28 de agosto de 2019, remeteu ao Pleno desse STF o julgamento do **presente HC**, cujo objeto consiste, justamente, em se definir o prazo, se sucessivo ou simultâneo, para apresentação das razões finais por corréus colaboradores e não colaboradores, bem como as possíveis consequências jurídicas decorrentes dessa definição, em especial na seara das nulidades.

O julgamento do presente HC foi designado para a sessão do dia 25.09.2019, do Pleno do STF.

Para contribuir com o esse debate, o PGR apresenta as seguintes considerações.

II – A ordem das alegações finais apresentadas por réus delatores e delatados

II.a Breves considerações sobre a teoria das nulidades no processo penal

Como visto, a 2ª Turma do STF, no julgamento do HC n. 157627, definiu que o ato de se conceder prazo comum, e não sucessivo, para que corréus colaboradores e não colaboradores apresentem razões finais acarreta a nulidade desse ato e dos que lhe são posteriores, por causar prejuízo ao direito ao contraditório e à ampla defesa titularizado pelos corréus colaboradores.

Na sessão do dia 25.09, o Pleno do STF terá a oportunidade de se pronunciar sobre esse tema, definindo se avaliza, ou não, o entendimento acolhido pela 2ª Turma.



Para que bem se compreenda a posição desta PGR acerca de tal controvérsia, importa tecer brevíssimas considerações a respeito da teoria das nulidades no processo penal – tema este que constitui o **pano de fundo teórico** da *queastio iuris* aqui enfrentada.

Ao adentrar na seara da teoria das nulidades no processo penal, a primeira dificuldade que se encontra pertine ao próprio conceito de nulidade – sendo que não raro esta é identificada como sendo o vício que inquina um ato praticado em desconformidade com a lei.

Divergências doutrinárias à parte, adota-se, aqui, o conceito de nulidade como sendo a **resposta** (sanção) conferida pelo ordenamento jurídico às **violações à lei** que acarretem **prejuízo** a uma das partes do processo¹. Trata-se, a toda evidencia, de conceito que prestigia o princípio da **tipicidade processual** (todo ato processual tem sua forma prescrita em lei, cuja inobservância pode dar ensejo à decretação de sua nulidade), temperando-o, em seguida, com o princípio da **instrumentalidade das formas** (nenhuma nulidade será declarada se dela não advier prejuízo às partes - *pas de nullité sans grief*).

Aqui, tendo em vista os fins a que se propõe este memorial, faz-se necessário dissecar esse conceito, de modo a melhor expor os elementos que o compreendem.

Com efeito, sabe-se que o **formalismo procedimental** no processo penal visa, primordialmente, garantir a existência de um processo penal justo, ou seja, aquele que observe as garantias fundamentais e que busque a verdade e a justiça. A observância à forma legal consiste, nessa toada, num importante **signal** de que tal finalidade foi atendida, enquanto que a sua inobservância indica o contrário, ou seja, que tal finalidade não foi alcançada.

Daí que o **primeiro requisito** à decretação da nulidade de um dado ato consiste em sua prática em desconformidade ao previsto em lei – sendo certo que isso, por si só, **sugere** que o valor corporificado na forma legal não foi atendido.

¹ Segundo Renato Brasileiro de Lima: É exatamente daí que sobressai a importância da nulidade, compreendida como espécie de sanção aplicada ao ato processual defeituoso, do que deriva a inaptidão para a produção de seus efeitos regulares. Em outras palavras, como desdobramento natural da fixação de regras para a prática dos atos processuais, apenas aqueles realizados em consonância com tal modelo serão considerados válidos perante o ordenamento jurídico e idôneos a produzir os efeitos almejados. Para os atos praticados em desacordo com o modelo típico, a lei estabelece sanções, que acabam variando de acordo com o grau de intensidade do desvio. O sistema de nulidades foi pensado, portanto, como instrumento para compelir os sujeitos processuais à observância dos modelos típicos: ou se cumpre a forma legal ou corre-se o risco de o ato processual ser declarado inválido ou ineficaz. A consequência da inobservância da forma prescrita em lei é a de que o ato defeituoso não poderá produzir os efeitos que ordinariamente teria. (De Lima, Renato Brasileiro. Curso de processo penal, editora impetus, 2013, p. 1578).

Ocorre que, embora a inobservância à forma legal constitua um **indicativo** de que o valor protegido pela norma não foi atingido, a realidade demonstra que nem sempre isso ocorre.

Dessa forma, sempre que, embora desrespeitada a forma legal, ainda assim a finalidade que lhe é subjacente se concretizar, não haverá motivo para que se decrete a nulidade do ato. Do contrário, **todo ato praticado em discordância ao modelo típico levaria à sua nulidade**, o que, todavia, não se coaduna com a tônica do processo penal moderno, distanciado que está da ideia de formalismo estrito e autorreferente, em que a forma era tida como um fim em si mesmo. Confira-se o que diz Renato Brasileiro de Lima sobre o tema:

Antigamente, trabalhava-se precipuamente com os dois primeiros sistemas acima citados, reconhecendo-se a nulidade sempre que o ato processual fosse praticado em desacordo com o modelo legal, ou quando a lei assim o declarasse. Esse primado da legalidade das formas, no qual o legislador listava expressamente as hipóteses de nulidade, era passível de muitas críticas, porquanto provava o magistrado de qualquer discricionariedade na avaliação das consequências do vício, o que, invariavelmente, acarretava o reconhecimento de nulidades por excessivo formalismo, sem que houvesse efetivo prejuízo às partes.

Hoje, no entanto, é dominante a utilização do terceiro sistema, - instrumentalidade das formas - em que se compreende que a existência do modelo típico não é um fim em si mesmo. Na verdade, a forma prescrita em lei visa proteger algum interesse ou atingir determinada finalidade. Por isso, antes de ser decretada a ineficácia do ato processual praticado em desacordo com o modelo típico, há de se verificar se o interesse foi protegido ou se a finalidade do ato processual foi atingida. Em caso afirmativo, não há motivo para se decretar a nulidade do ato processual².

Assim, ao lado do descumprimento à forma legal, a efetiva violação do valor que a norma (descumprida) visa proteger se coloca como o **segundo requisito** necessário à decretação da nulidade.

Essa ideia **vai ao encontro** do que consta já no primeiro artigo do título dedicado às nulidades do CPP, segundo o qual *“nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”* (art. 563). É que se entende, aqui, que

²De Lima, Renato Brasileiro. Curso de Processo Penal, Editora Impetus, 2013, p. 1597.



o **prejuízo às partes** – essencial à decretação da nulidade - ocorre justamente quando a não observância da forma legal impedir o alcance da finalidade da norma.

O entendimento aqui defendido, aliás, é acolhido de modo pacífico pela jurisprudência do STF.

Nessa linha, no julgamento do HC n. 95.654 (DJ de 15.10.2010), o **Ministro Gilmar Mendes** enfatizou que *“cumpre observar que o prejuízo constitui viga-mestra do sistema de nulidades, sendo decorrência da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do Direito. Nesse diapasão, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a sua própria finalidade estiver comprometida por causa do vício. [...] Não basta, para a nulidade perseguida, a mera conjectura da existência de prejuízo. [...] A doutrina tem sido uníssona em relação ao princípio do prejuízo, enfatizando a disposição contida no art. 563 do CPP: ‘Nenhum ato processual será declarado nulo, se da nulidade não tiver resultado prejuízo para uma das partes’”*.

Noutro caso (recente), entendeu o **Ministro Ricardo Lewandowski** que a *“orientação desta Suprema Corte é a de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo”* (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.169.982 – PR, STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 16.5.2019, publicado no DJ em 23.5.2019). E reafirmou que *“no processo penal, a declaração de nulidade não prescinde da ocorrência de concreto e efetivo prejuízo à defesa”* (RHC n. 116.108-RJ, 2ª Turma, unânime, julgado em 16.10.2013, publicado no DJ em 17.10.2013).

E ainda, no mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EM RAZÃO DO EXTRAVIO DE PARTE DOS ÁUDIOS INTERCEPTADOS. TRANSCRIÇÃO EXISTENTES NOS AUTOS. EFETIVO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO PELA DEFESA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS AUTÔNOMOS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O entendimento desta Suprema Corte é o de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo. Nesse sentido, o Tribunal tem reafirmado que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nul-

lité sans grief comprende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). II – Não é possível perceber qual o prejuízo causado à defesa do recorrente, mormente porque a Magistrada sentenciante proibiu a utilização dos trechos de conversas que foram extraviados, bem como porque sequer tais elementos foram considerados para fins de condenação. III – Tal como destacado no acórdão recorrido, “o percentual de gravações perdidas é ínfimo (0,6% da interceptação) e se referem a todos os áudios de dois dias que estão distantes mais de 6 meses um do outro [...], não sendo possível presumir nenhuma descontinuidade das conversas que comprometa a coesão e higidez de todo o material obtido”. Além disso, eventual trecho perdido que pudesse levar à absolvição do recorrente, com o se alega, poderia ser facilmente demonstrado pela defesa, já que ambos os períodos já haviam sido transcritos e juntados aos autos da ação penal, colocados à disposição das partes. IV – **Vale dizer, “o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o réu. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional (v.g: HC 85155, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ 15-04-2005; RHC 117096, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 15-10-2013; RHC 117674, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 07-10-2013; HC 115336, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 05-06-2013)” (HC 109.708/SP, Rel. Min. Teori Zavascki).** V – Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 133298 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 31-08-2018 PUBLIC 03-09-2018)

* * *

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE SUPOSTAS NULIDADES PELO USO INDEVIDO DE ALGEMAS NO INTERROGATÓRIO E PELA AUSÊNCIA DE REQUISIÇÃO DO RÉU PARA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS REALIZADA NO JUÍZO DEPRECADO. IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. **1. A nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado.** 2. A ausência do acusado na audiência de instrução não constitui vício insanável apto a ensejar a nulidade absoluta do processo, posto tratar-se de nulidade relativa, exigindo-se, para o seu reconhecimento, a demonstração de prejuízo à defesa. Precedentes: HC 68.436, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 27.03.92; HC 95.654, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 15.10.10; HC 84.442, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJe de 25.02.05; HC 75.225, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.12.97; RHC 110.056, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 09.05.12. 3. In casu, a) O paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006

(tráfico de drogas), pois foi flagrado com outros corréus transportando e mantendo em depósito aproximadamente 725 kg (setecentos e vinte e cinco quilos) de maconha em um fundo falso de um caminhão. b) Conforme destacou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “não consta dos documentos trazidos aos autos o uso de algemas pelo paciente, sequer a manifestação da defesa nesse sentido tanto no termo de audiência quanto nas alegações finais, relatadas na r. Sentença, motivo pelo qual a matéria estaria preclusa”. c) A ausência de requisição do réu para a audiência, de oitiva de testemunha, realizada por meio de carta precatória, foi justificada “diante da falta de tempo hábil para cumprimento do prazo normativo (antecedência mínima exigida para recebimento pelo estabelecimento prisional) após o recebimento do ofício de comunicação do juízo deprecado”, tendo havido regular intimação da Defesa, que não compareceu ao ato, todavia, a realização foi acompanhada por defensor nomeado. **4. O princípio pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.** 5. A falta de comprovação de que efetivamente houve a utilização de algemas no paciente durante a audiência de interrogatório e a insurgência da defesa no momento oportuno, impedem a verificação de eventual inobservância à Súmula Vinculante n.º 11 do Supremo Tribunal Federal. 6. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 7. Habeas corpus extinto por inadequação da via processual eleita.(HC 121350, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 26-09-2014 PUBLIC 29-09-2014).

II.b: Tese principal: a concessão de prazo comum para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais não viola qualquer previsão legal, sendo apenas o cumprimento da literalidade do art. 403 do CPP, de modo que não há como decretar a nulidade de atos praticados de tal forma.

Aplicando-se as considerações teóricas acima aventadas à específica controvérsia posta nestes autos, conclui-se que **não há**, com a *devida venia*, como se concordar com o entendimento, sufragado pela 2ª Turma do STF no julgamento do HC n. 157627, de que a concessão de prazo comum, e não sucessivo, para que corréus colaboradores e não colaboradores apresentem razões finais acarreta nulidade do ato e dos que lhe são posteriores.

Com efeito, é de todos cediço, e dispensa maiores comentários, que o Código de Processo Penal (CPP) atualmente vigente estipula a seguinte ordem para a apresentação das razões finais (orais ou escritas)³: primeiro a acusação, e depois a defesa. Quanto a esta última, o CPP não prevê qualquer diferenciação entre a ordem de apresentação das razões fi-

3 Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual. § 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa. § 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.

nais por réus colaboradores ou não – embora pudesse tê-lo feito, já que, ao tempo da edição da norma (art. 403 do CPP), o instituto da colaboração premiada já estivesse previsto em diversas leis.

Diante disso, é certo que a concessão de prazo comum, e não sucessivo, para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais **não viola qualquer previsão legal** – sendo esta, ou seja, a prática de um ato em desconformidade ao previsto em lei, o primeiro requisito para que uma nulidade seja decretada. **Ausente ele, não há como se reconhecer nulidade.**

Aqui, precisas são as palavras de Jorge Coutinho Paschoal, no sentido de que “(...) *é realmente muito difícil vislumbrar, no curso da persecução penal, um ato que, realizado sem vícios, venha a sofrer alguma nulidade. Nesse diapasão, a regra é que a realização exata do ato o torna, em regra, infenso ao pronunciamento da invalidade, ao passo que a prática defeituosa (ou mesmo a sua omissão, quando for necessário) seja interpretada como atentatória a algum objetivo legalmente instituído*”⁴.

A única possibilidade em que se vislumbra que um ato, mesmo praticado em estrita conformidade com o que previsto na norma, deva ser invalidado dada a sua nulidade, ocorre se esse ato for praticado após a norma ter sido declarada **inconstitucional** pelo **Supremo Tribunal Federal** (ou após ter sido objeto da técnica da inconstitucionalidade sem redução de texto ou da interpretação conforme), em decisão dotada de efeito vinculante e extensão *erga omnes*.

Não foi o que ocorreu em relação ao art. 403 do CPP. Trata-se de dispositivo legal válido e vigente, cuja interpretação por grande parte dos juízes brasileiros – ao menos segundo esta PGR teve notícias –, e conforme será melhor abordado em tópico posterior, sempre foi aquela que se extrai da sua literalidade: os prazos para todos os corréus, sejam eles delatores ou não, são comuns.

Por outro lado, a decisão proferida pela 2ª Turma do STF no julgamento do HC n. 157627, na prática, conferiu verdadeira interpretação conforme à Constituição ao art. 403 do CPP, para considerar inconstitucional, por ofensa ao contraditório e à ampla defesa, a concessão de prazo comum, prevista em tal dispositivo, a corréus colaboradores e não colaboradores. Essa interpretação, todavia, consiste em verdadeiro *leading case*, já que não se tem notícias de que, em algum outro julgamento, o STF tenha decidido nesse sentido.

⁴ As nulidades do processo penal e o prejuízo. Revista Fórum de Ciências Criminais - RFCC Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul. / dez. 2014.

Em sendo assim, acoimar de nulidade um ato processual praticado nos estritos termos do art. 403 do CPP, face ao entendimento de que o juiz da causa **deveria** tê-lo interpretado como, posteriormente, interpretou o STF no julgamento do HC n. 157627, equivaleria a fomentar uma insegurança jurídica incompatível com o que se espera de um processo penal estável e previsível.

A combinação dos princípios da presunção de constitucionalidade das leis, do devido processo legal e da segurança jurídica impede que se reconheça a nulidade de atos praticados em estrita conformidade com a lei sob o argumento de que essa mesma lei **deveria** ter sido interpretada de um modo diverso do que ordinariamente vinha sendo feito pelo Poder Judiciário.

Assim, como a concessão de prazo comum, e não sucessivo, para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais não viola qualquer previsão legal, sendo apenas o cumprimento da literalidade do art. 403 do CPP, não há como decretar a nulidade de atos praticados de tal forma.

II.c: Tese subsidiária

II.c.1: para a decretação da nulidade do ato de concessão, a corrêus delatores e delatados, de prazo comum para alegações finais, deve restar demonstrado que a prática de tal ato dessa forma acarretou prejuízo ao correu delatado, o que somente ocorrerá se as alegações finais apresentadas pelos corrêus delatores trouxeram fato novo.

Caso se supere o óbice posto no tópico anterior (tese principal deste memorial) e se entenda que é passível de nulidade a concessão de prazo comum, e não sucessivo, para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais, é certo que decretação da nulidade **ainda assim** depende da demonstração de prejuízo.

Como visto, o prejuízo necessário à decretação da nulidade consiste na demonstração de que a prática do ato de uma determinada forma impediu que a finalidade da norma descumprida se concretizasse.

No presente caso, a “norma” descumprida seria o entendimento, sufragado pela 2ª Turma do STF no julgamento do HC n. 157627, no sentido de que corrêus delatados devem ter a oportunidade de apresentar razões finais apenas após os corrêus delatores. E a finalidade que tal entendimento visa proteger é a possibilidade de que corrêus delatados, querendo, possam **rebater** todos os fatos criminosos que lhes forem imputados; trata-se de expressão do direito à ampla defesa, em sua vertente “poder de reação” (garantia de que, no



correr de todo o processo, o réu tenha a oportunidade de efetivamente se contrapor à acusação⁵).

Diante disso, vê-se que, no caso da concessão de prazo comum, e não sucessivo, para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais, somente haverá qualquer prejuízo aos valores que o entendimento da 2ª Turma do STF visa alcançar quando os réus delatores apresentarem, em suas razões finais, **fatos novos** contra os réus delatados, ou seja, fatos que ainda não haviam sido alegados no curso do processo.

Por outro lado, quando as razões finais dos corréus delatores **apenas repetirem** alegações sobre fatos a respeito dos quais os corréus delatados **já tiveram a oportunidade** de se manifestar ao longo do processo, a eventual concessão de prazo comum para as razões finais de réus delatados e delatores não importará em violação à ampla defesa dos réus delatados, a qual já terá sido exercida (ou, ao menos, oportunizada) no decorrer da ação. Nesse caso, não havendo prejuízo a tal valor, não há que se falar em nulidade.

Veja-se que o mero fato de o réu delatado - que teve prazo comum com o réu delator para apresentar alegações finais - ter recebido contra si sentença penal condenatória, não pode ser considerado “prejuízo” para fins de decretação de nulidade.

É que se o réu delatado teve oportunidade de rebater todos os fatos que lhe foram imputados ao longo do processo, e não foi surpreendido com nenhum fato novo nas alegações finais apresentadas pelo réu delator, então o réu delatado exerceu plenamente seu direito de influenciar no convencimento do juiz (uma das facetas da ampla defesa). E mesmo tendo exercido esse direito, o juiz resolver proferir a condenação. Nessa situação, não há relação causal lógica e possível entre a sentença condenatória e o fato de o réu delatado ter tido prazo comum com o réu delator para ofertar alegações finais.

Assim, o que realmente causa prejuízo ao réu delatado que teve que apresentar alegações finais no mesmo prazo do réu delator é a circunstância de ele não poder se defender de fatos novos eventualmente trazidos pelo réu delator em suas alegações finais. É que, nessa específica situação, esses fatos novos, não rebatidos pelo réu delatado (justamente por que ele teve prazo comum com o réu delator), podem ter sido determinantes para a prolação do decreto condenatório. Vedar a réu delatado a possibilidade de rebater tais fatos novos viola o seu direito à ampla defesa, causando-lhe prejuízo.

⁵ [https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5660/1/Fabiano Franklin Santiago Grilo.pdf](https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5660/1/Fabiano_Franklin_Santiago_Grilo.pdf)

E nem se diga que, mesmo ausentes fatos novos, a simples circunstância de o réu delator apresentar alegações finais (que se limitem a fazer um resumo de tudo o que foi dito e discutido ao longo do processo), e o réu delatado não poder ter acesso a tais alegações e rebatê-las, causaria prejuízo a sua ampla defesa.

Ora, o réu delatado se defende contra fatos, e não contra peças jurídicas que condensam fatos em relação aos quais já houve defesa. O direito de reação, uma das vertentes da ampla defesa, volta-se contra fatos imputados ao réu. E são esses fatos que serão levados em conta pelo juiz quando da prolação da sentença. Justamente por isso, repita-se, são desses fatos que o réu delatado deve ter a chance de se defender, sob pena de ter seu direito à ampla defesa violado.

Exigir que o direito à ampla defesa do réu delatado vai ao ponto de lhe garantir poder rebater qualquer peça apresentada pelo réu delator, ainda que seja uma peça que em nada inove no processo, que em nada influencie no convencimento do juízo, equivale a conferir uma interpretação artificial e pouco realística ao direito à ampla defesa.

Por fim, veja-se que essa Suprema Corte, em situações em que houve a completa inversão da ordem prevista no art. 403 do CPP - tendo a defesa apresentado alegações finais após a acusação -, deixou de reconhecer a nulidade desse ato por não vislumbrar, nele, ofensa à ampla defesa e, assim, prejuízo ao réu. Confira-se:

HABEAS CORPUS. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS ALEGAÇÕES FINAIS DA DEFESA. NULIDADE SUSCITADA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. 1. Sem a demonstração de efetivo prejuízo causado à parte, em atenção ao disposto no art. 563 do CPP, não se reconhece nulidade no processo penal (pas de nullité sans grief). Precedentes. 2. A manifestação do Ministério Público, apesar de posterior às alegações finais da defesa, abarcou exclusivamente questões de Direito, as quais já haviam sido articuladas pela defesa e sobre as quais o magistrado poderia ter-se manifestado de ofício. Inexistência de prejuízo. 3. Habeas corpus denegado. (HC 130433, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 20/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-075 DIVULG 18-04-2018 PUBLIC 19-04-2018).

* * *

HABEAS CORPUS. NULIDADES CITAÇÃO EDITALÍCIA DEFEITUOSA. DEFICIÊNCIA DA DEFESA. TUMULTO PROCESSUAL. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. I - CITAÇÃO POR EDITAL CUJOS DEFEITOS DEVEM SER ATRIBUÍDOS TAMBÉM AO RECORRENTE, E CUJO PREJUÍZO - SE HOUVE - NÃO FOI ARGUIDO OPORTUNO TEMPORE. II - DEFESA PRODUZIDA POR ADVOGADA DATIVA, COMPATÍVEL COM A SITUAÇÃO DO REVEL. III - NÃO HÁ PREJUÍZO QUANDO AS ALEGAÇÕES FINAIS DA DEFESA FORAM APRESENTADAS ANTES DA PROMOÇÃO DO ACUSADOR, **SE ESTE NÃO**



ACRESCENTOU NADA QUE JÁ NÃO FOSSE DO CONHECIMENTO DA DEFENSORA. RECURSO IMPROVIDO.(RHC 66836, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 21/10/1988, DJ 11-11-1988 PP-29309 EMENT VOL-01523-02 PP-00442)

Tais precedentes reconhecem que não é o descumprimento em si da ordem prevista no art. 563 do CPP que conduz à nulidade do ato, mas sim a demonstração da violação à ampla defesa daí eventualmente decorrente - a qual, por sua vez, apenas se configura quando restar demonstrado que, por conta da inversão, o réu não teve a oportunidade de se manifestar a respeito de fatos que lhe foram imputados pela acusação. Diversamente, quando, apesar da inversão, nenhum novo fato lhe for imputado pela acusação, inexistente prejuízo e, assim, nulidade.

Assim, pelo exposto, e na linha desses precedentes, esta PGR entende, como tese subsidiária, que, para a decretação da nulidade do ato de concessão, a corréus delatores e delatados, de prazo comum para alegações finais, deve restar demonstrado que as alegações finais apresentadas pelos corréus delatores trouxeram fato novo a respeito do qual os corréus delatados não tiveram a oportunidade de se manifestar ao longo do processo.

II.c.2: Ademais, a nulidade deve ter sido arguida em momento oportuno

Caso se rejeite a tese principal deste memorial e se entenda que é passível de nulidade o ato de se conceder prazo comum, e não sucessivo, para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais, este PGR defende que, além da demonstração do prejuízo (nos termos acima expostos), a decretação de nulidade somente pode ocorrer quando a defesa tiver suscitado tal ponto no momento oportuno, ou seja, ainda perante o Juízo de 1º grau.

E isso por que, ainda que se considere haver nulidade na concessão de prazo comum, e não sucessivo, para que corréus, inclusive colaboradores, apresentem alegações finais (tese com a qual esta PGR não concorda, frise-se), sabe-se que tal nulidade deve ser alegada no momento oportuno, ou seja, na primeira oportunidade que couber ao réu falar nos autos, sob pena de se operar a **preclusão temporal**.

Assim, a suposta necessidade de que o prazo para a apresentação de alegações finais seja sucessivo em relação ao prazo concedido aos corréus colaboradores deve ser suscitada já em 1ª instância. Caso isso não seja feito, é legítimo se concluir que o corréu

delator **concordou** com o procedimento adotado pelo Juízo *a quo*, tendo se operado, a seu desfavor, a preclusão temporal.

Veja-se que a jurisprudência do STF é uníssona no sentido de que mesmo nulidades absolutas devem ser arguidas em momento oportuno, sob pena de preclusão. Neste sentido:

“4. Além da arguição *opportune tempore* da suposta nulidade, seja ela relativa ou absoluta, a demonstração de prejuízo concreto é igualmente essencial para o seu reconhecimento, de acordo com o princípio do *pas de nullité sans grief*, presente no art. 563 do Código de Processo Penal. Precedentes.

5. Não conhece a Corte dos embargos de declaração.” (EMB .DECL. NOS EMB. INFR. NA AÇÃO PENAL 481 PARÁ, data de julgamento 20/03/2014).

“1. Não se nega que o Juízo da Vara Única da Comarca de Boqueirão/PB não andou na melhor trilha processual quando intimou o Parquet estadual para ratificar a denúncia apresentada em grau superior e não fez o mesmo em relação à defesa do acusado por força do *par conditio*, desprestigiando, assim, o postulado constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV).

2. Todavia, além da arguição *opportune tempore* da suposta nulidade, seja ela relativa ou absoluta, a demonstração de prejuízo concreto é igualmente essencial para seu reconhecimento, de acordo com o princípio do *pas de nullité sans grief*, presente no art. 563 do Código de Processo Penal.”(v.g. AP 481 EI-ED/PA, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe de 12/8/14), o que não ocorreu na espécie.(STF, RHC 138.752, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 4-4-2017).

“(…). IV – É ônus da parte, na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos, impugnar a nulidade de ato processual, sob pena de preclusão temporal e convalidação do ato.

V – Os fundamentos expostos no *decisum* combatido estão em conformidade com a jurisprudência desta Suprema Corte que orienta a resolução das questões postas a exame

VI - Agravo a que se nega provimento.” (STF, HC 156616 AgR/PE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, data do julgamento 17.09.2018

III – Necessidade de modulação de efeitos de eventual decisão do Pleno do STF em sentido contrário ao defendido na tese principal deste memorial

Por fim, caso o Pleno dessa Suprema Corte rejeite a tese principal deste memorial e entenda ser nulo o ato de se conceder prazo comum, e não sucessivo, para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais, este PGR defende que tal decisão somente deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, apenas para os atos praticados **após a sua prolação**.

Com efeito, diante da clareza do art. 403 do CPP – o qual prevê prazo comum para a defesa apresentar razões finais, não fazendo qualquer distinção entre réus delatores e delatados -, o procedimento usualmente adotado no curso de ações penais que tramitam perante os mais diversos Juízos ao redor do país tem sido o de, aplicando-se o CPP, conceder-se prazo **comum** aos corréus, colaboradores ou não, para apresentarem alegações finais. **Essa tem sido a praxe, conforme esta PGR pôde aferir a partir de informações obtidas junto a Procuradores da República de todo o país.**

Essa praxe era reforçada pela circunstância de que nem os Tribunais Regionais Federais, nem o STJ, reconheciam a nulidade de tal procedimento, mesmo quando ela era alegada por réus em grau recursal.

Além disso, em algumas decisões monocráticas proferidas, Ministros desse STF vinham avalizando a concessão de prazo comum para alegações finais de réus delatados e delatores, passando, assim, uma sinalização no sentido do acerto e tal procedimento. Nesse sentido, veja-se:

* **HC 137.316/PR** → o tema é apresentado no HC: um dos pedidos dos pacientes é *“necessidade de readequação da ordem de apresentação das alegações finais, garantindo-se à defesa o direito de ‘falar por último’, sobretudo porque os delatores devem ser ouvidos após os memoriais do Ministério Público, mas antes das alegações dos delatados”*.

Min. Gilmar Mendes denegou, monocraticamente, o *habeas corpus*, expondo que não havia ilegalidade a ser reparada.

* * *

* **HC 167.727** → Paciente: Paulo Vieira de Souza (Paulo Preto)

A defesa pediu a aplicação de prazo sucessivo entre corréus colaboradores e delatados. Min. Gilmar Mendes indeferiu o pedido (liminar) de prazo diferenciado entre os réus. Determinou a abertura de prazo sucessivo para as partes (MP e defesa). (Decisão de 13/02/2019).

Trecho da decisão de 1º/03/2019:

“Em 13.2.2019, deferi, parcialmente, o pedido de medida liminar, para reabrir a instrução processual, com o deferimento da integralidade das diligências pleiteadas na

fase do artigo 402 do CPP, e conceder às partes (MP e defesa) o prazo de 5 (cinco) dias, sucessivamente, para apresentação de memoriais (eDOC 4, p. 1-8)."

E trecho da decisão de 13/02/2019:

" Desse modo, defiro integralmente a realização das seguintes diligências pleiteadas pela defesa do paciente na fase do artigo 402 do CPP:

[...]

Na sequência, considerada a inegável e excepcional complexidade do caso e/ou o número de acusados da ação penal em tela, determino ao Juízo da 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, nos autos da Ação Penal 0002176-18.2017.4.03.6181, a reabertura do prazo às partes (MP e defesa) para oferecimento de alegações finais, concedendo-lhes "o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para apresentação de memoriais", nos termos do art. 403, § 3º, do CPP."

De todo modo, conforme afirmado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do HC n. 157627, tal tema jamais havia sido enfrentado por um **colegiado** dessa Suprema Corte, de modo que o precedente dali resultante consiste em verdadeiro *leading case*, o qual, repita-se, formou-se em sentido oposto ao entendimento que até então vinha sendo aplicado por Juízes, pelos Tribunais Regionais Federais e pelo STJ.

Isso significa que a tese firmada pela 2ª Turma do STF na sessão do último dia 27 de agosto – de que há nulidade na concessão de prazo em comum para corréus colaboradores e não colaboradores apresentarem alegações finais – , caso seja confirmada pelo Pleno desse STF no julgamento do presente HC, possui o **potencial** de afetar milhares de condenações penais referentes a uma miríade de crimes – e não apenas dos crimes que são usualmente objeto da Operação lava jato. Até mesmo condenações transitadas em julgado podem, em tese, ser impactadas pela via da revisão criminal.

Tais circunstâncias indicam a conveniência, a bem da segurança e estabilidade jurídicas, bem como do combate ao crime, de que o eventual reconhecimento, pelo Pleno desse STF, de que há nulidade na concessão de prazo em comum para corréus colaboradores e não colaboradores apresentarem alegações finais, produza efeitos *ex nunc*, ou seja, apenas para os atos praticados **após a prolação da respectiva decisão**.

Por fim, ressalte-se que esse STF tem admitido a técnica da “modulação de efeitos” de decisões proferidas em sede de feitos individuais (e não apenas de ações de

controle abstrato de constitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei n. 9869/99), inclusive no julgamento de habeas corpus. Como exemplo desse entendimento, cite-se a decisão proferida no HC n. 127900⁶.

IV - Conclusões

Em face do exposto, o Procurador-Geral da República manifesta-se no seguinte sentido:

(i) como tese principal: a concessão de prazo comum, e não sucessivo, para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais não viola qualquer previsão legal, sendo, ao revés, o mero cumprimento do art. 403 do CPP, de modo que não há que se decretar a nulidade de atos praticados de tal forma;

(ii) tese subsidiária: (ii.1) para a decretação da nulidade do ato de concessão, a corréus delatores e delatados, de prazo comum para alegações finais, deve restar demonstrado que a prática de tal ato dessa forma acarretou prejuízo ao correu delatado, o que somente ocorrerá se as alegações finais apresentadas pelos corréus delatores trouxeram fato novo, sobre o qual o correu delatado não pode se manifestar ao longo do processo; (ii.2) além disso, a nulidade deve ter sido suscitada pelo correu delatado no momento oportuno, ou seja, na primeira oportunidade que a ele couber ao réu falar nos autos, sob pena de se operar a preclusão temporal.

(iii) sendo rejeitada, pelo Pleno do STF, a tese principal deste memorial, o novo entendimento deve ter efeitos ex nunc, ou seja, aplicar-se apenas para atos praticados após a sua prolação.

Brasília, 25 de setembro de 2019.


Alcides Martins
Procurador-Geral da República

⁶HC 127900, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 02-08-2016 PUBLIC 03-08-2016).