

HABEAS CORPUS 166.373 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Habeas corpus, impetrado em favor de Márcio de Almeida Ferreira, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental interposto no HC nº 96.059/PR.

O impetrante sustenta, em suma, que "ao designar as datas para realização do interrogatório o r. Juízo de 1ª instância acertadamente estipulou que os réus colaboradores fossem ouvidos antes dos demais."

Todavia, "encerrada a instrução, ao conferir às partes prazo para a apresentação das alegações finais o r. Juízo de 1º grau estabeleceu prazo conjunto para todos os réus, colaboradores e não colaboradores."

Nesse sentido, alega que "a apresentação dos memoriais concomitante às alegações finais de réus delatores viola frontalmente o princípio da ampla defesa e o princípio do contraditório."

Diante disso, requer a concessão da ordem de **habeas corpus** "para reconhecer a nulidade perpetrada pelo Juízo de 1º grau, ordenando-se nova abertura de vista à defesa do Paciente após as alegações finais dos réus colaboradores."

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É a síntese do caso.

Rememorando o caso, anoto, em suma, que a questão central colocada nesta impetração é saber se inexistindo previsão legal — seja no art. 403 do CPP, seja na Lei nº 12.850/13 — para a ordem cronológica do oferecimento das alegações finais entre os acusados colaboradores e os delatados, haveria constrangimento ilegal no tocante à determinação de prazo comum para sua apresentação.

Conforme adiantei na última assentada, rogando as mais respeitosas **venias** ao Relator, Ministro **Edson Fachin**, estou acompanhando a dissidência capitaneada pelo voto do Ministro **Alexandre de Moraes**.

Para tanto, passo às premissas de meu voto.

Preliminarmente, há que se restringir a questão da sucessividade ou não das alegações finais **exclusivamente às hipóteses em que houver acordo de colaboração premiada devidamente homologado.**

Com efeito, a Lei nº 12.850/13, ao disciplinar o regime jurídico desse meio de obtenção de prova, instituiu a figura *sui generis* do colaborador premiado, o qual, além da possibilidade de figurar como corréu no mesmo processo em que o delatado, **presta contribuições à persecução penal**, haja vista que, por expressa determinação legal, “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade” (art. 4º, § 14).

Outrossim, o desate da controvérsia pressupõe que se compreenda a natureza e a finalidade das alegações finais no âmbito da instrução criminal.

Longe de mera formalidade burocrática, as alegações finais, em verdade, constituem o **momento culminante da instrução processual**.

Segundo o magistério de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “**a instrução criminal, entendida em sentido amplo como conjunto de atividades destinadas a preparar o provimento final** (do latim *instruere* = transmitir conhecimentos) **SOMENTE SE COMPLETA COM OFERECIMENTO DE ALEGAÇÕES PELOS PARTICIPANTES DO CONTRADITÓRIO**” (*As Nulidades no Processo Penal*, Malheiros Editores, 1992, p. 151).

É nesse momento argumentativo que as partes, **criticando as provas e extraído do seu contexto versões mais favoráveis a sua posição, exercem com plenitude o seu poder de influir no convencimento do magistrado.**

Observe-se que, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, o objetivo principal da garantia do contraditório (art. 5º, inciso LV, CF), “**não é a defesa, entendida no sentido negativo de oposição ou resistência, MAS SIM A INFLUÊNCIA, TOMADA COMO DIREITO OU**

POSSIBILIDADE DE INCIDIR ATIVAMENTE SOBRE O DESENVOLVIMENTO E O RESULTADO DO PROCESSO” (*Novas Tendências do Direito Processual*, 2ª Ed., Forense Universitária, 1990, p. 19).

Isto significa que as partes terão o direito de pleitear a produção de provas, de participar dos atos probatórios e **de se pronunciar sobre o seu resultado, buscando influenciar na formação do convencimento do magistrado.**

Assentadas essas premissas, exsurge a relevância, nas hipóteses de colaboração premiada, **de assegurar-se ao acusado delatado o direito de somente apresentar suas alegações finais após as alegações finais do acusado colaborador.**

Ao reconhecer a **impossibilidade de o delatado impugnar o acordo de colaboração**, consignei em julgado de minha relatoria (*v.g.* HC nº 127.483/PR, Tribunal Pleno, de **minha relatoria**, j. 27/8/15), que a ele **será assegurado, pelo contraditório judicial, o direito de confrontar as declarações do colaborador e as provas com base nela obtidas.**

Verifica-se, portanto, a importância do reconhecimento do direito ao confronto dos acusados delatados diante das declarações prestadas pelos acusados colaboradores, pois, como bem lembrou o Ministro **Gilmar Mendes**,

“o colaborador deve se submeter a essa ‘prova de fogo’, sendo certo que o contraditório é uma das melhores formas de se descobrir, se não a verdade, ao menos que o colaborador está mentindo ou omitindo parte dos fatos”. [MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO; QUEIROZ (Org.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 2. ed. JusPodivm, 2016. p. 238” (HC nº 157.627-AgR, Segunda Turma, Rel. Acórdão Min. **Ricardo Lewandowski**, j. 27/8/19).

Já tive a oportunidade de consignar, ao citar **Joaquim Canuto Mendes de Almeida**, que “o contraditório é, pois, em resumo, ciência

bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los” (*A Contrariedade na Instrução Criminal*. São Paulo: [s.n], 1937, item 81, p. 110).

O contraditório se expressa no binômio “informação necessária + reação possível”, ressalvando-se que “esse segundo aspecto de mera oportunidade ou possibilidade de reação toma nuances diversas em todos os processos em que se controverta em torno de uma relação jurídica indisponível, como é o caso do processo penal”.

No processo penal, **dado o risco de grave intervenção no direito fundamental à liberdade**, a reação não pode ser meramente possível. O contraditório “**há de ser pleno e efetivo**, indicando a real participação das partes na relação jurídica processual” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo*. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 18 – grifos nossos).

Não basta, portanto, a mera ciência, sem a possibilidade de reação, sob pena de tornar-se inócua a garantia do contraditório.

Gustavo dos Reis Gazzola, ao tratar do direito de o delatado contrastar as informações prestadas pelo colaborador, aduz que a delação premiada no curso do processo pode gerar duas situações:

“Primeira, o delatado é corréu no processo. Deve, portanto, o delatado, por meio de advogado, poder contrastar as informações prestadas pelo delator no curso da própria relação processual, o que se dará pela possibilidade de perguntas, quer em audiência de interrogatório, quer em audiência designada para essa finalidade.

Segunda, o delatado não é corréu no processo. A delação será objeto de contraditório no processo a que eventualmente estiver respondendo o delatado, ou no mesmo em que se deu a delação, caso haja aditamento da denúncia (...)” (Delação premiada. In: *Limites constitucionais da investigação*. Coord. Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.180).

Também **Frederico Valdez Pereira** assenta a indispensabilidade de

se assegurar aos delatados pelo colaborador o direito de confrontar em juízo o arrependido, com o intuito de retirar ou abalar a credibilidade de suas declarações, aduzindo que o exercício desse direito representa

“(...) verdadeiro método indireto de controle da atuação dos órgãos de persecução no momento prévio de se definir por embasar a estratégia investigativa e de imputação em pretensos colaboradores, pois deverão então considerar, antecipadamente, o exame a que serão submetidos na fase judicial os declarantes, limitando-se, desse modo, a favorecer apenas sujeitos que pareçam fiáveis e constantes na opção colaborativa.

(...) portanto, acaso se pretenda utilizar as informações advindas da delação para sustentar um juízo condenatório, ostentando a condição de meio de prova, é indispensável submeter o agente colaborador ao contraditório em juízo” (*op. cit.*, p. 146-147).

No direito comparado, destaco que, nos Estados Unidos o direito a confrontar declarações incriminadoras de **coimputado tem estatura constitucional**.

A Sexta Emenda estabelece que, em todas as persecuções criminais, o acusado terá o direito de ser confrontado com as testemunhas de acusação e de convocar testemunhas a seu favor (**In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (...) to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor (...)**).

A Suprema Corte americana, nos precedentes **Lilly v. Virginia** (98-5881) 527 U.S. 116 (1999) e **Washington v. Texas**, 388 U.S. 14, 87 s. ct. 1920, 18 l. ed. 2D 1019 (1967), reconheceu ao corréu o direito a confrontar em juízo, mediante exame cruzado, as declarações incriminatórias de coautor ou partícipe do crime.

Na Itália, o art. 111, § 3º, da sua Constituição assegura ao acusado a faculdade de inquirir ou fazer inquirir, perante o juiz, a pessoa que presta declarações em seu desfavor, de obter a convocação e a inquirição de

pessoas para sua defesa nas mesmas condições da acusação e de produzir qualquer outro meio de prova a seu favor (**la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore**).

Como observa **Paolo Tonini**, essa norma se refere a

“pessoas que prestam declarações acusatórias, e não a testemunhas, ressaltando que a diversidade terminológica foi necessária, pois a palavra testemunhas, em seu significado técnico, não compreende, por exemplo, o declarante que tem a qualidade de acusado (*A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25 – grifos nossos).

Segundo esse importante professor de Direito Processual Penal na Universidade de Florença,

“o confronto significa geralmente o controle da idoneidade de uma declaração. Nesse sentido, **todas as declarações prestadas no curso do procedimento penal devem ser submetidas a um confronto**. Trata-se de verificar se os fatos afirmados pelo declarante encontram confirmação nos outros elementos de prova constantes dos autos; isso faz parte do dever de motivação imposto ao juiz. Na verdade, nos termos do art. 192, inciso I, CPP, o juiz deve valorar a prova, especificando na motivação os resultados obtidos e os critérios adotados. *(op. cit. . p. 178 – grifos nossos)*.

Sob essa perspectiva, estou convencido de que há constrangimento ilegal na hipótese em apreço, porque as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório **asseguram o direito de o acusado delatado se contrapor a todas as cargas acusatórias**, inclusive aquelas que emanam dos acusados colaboradores, **máxime quanto levado em**

consideração que eles contribuem com a acusação.

Consoante pertinentemente apontou o Ministro **Gilmar Mendes**, no julgamento do HC nº 157.627-AgR/PR,

“[n]a colaboração premiada, **o réu 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 corrêus.**” (Rel. para Acórdão o Min. **Ricardo Lewandowski**, j. 27/8/19 – grifei).

Em artigo intitulado “O status processual do corrêu delator”, os professores **Luís Greco** e **Alaor Leite** indicam que o delator não é

“um acusado ‘comum’. Afinal, entre outras coisas, **o acusado ‘comum’, em nosso sistema processual, não entabula sigiloso consórcio com o órgão de persecução em desfavor de terceiro, levado à homologação judicial – pelo mesmo juiz que proferirá a sentença quanto ao colaborador e ao terceiro delatado –, tudo, em regra, antes do oferecimento da denúncia.** O acusado ‘comum’ é simplesmente surpreendido pelo órgão de persecução, **não granjeia qualquer melhora em sua situação processual e, também por isso, possui direito a uma acusação precisa e determinada (art. 41 CPP) e ao silêncio – ao qual renuncia o delator**” (disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-status-processual-do-correu-delator-30-09-2019 – grifos nossos).

Esses renomados juristas invocam o processualista alemão **Karl Peters**, “que indicou a necessidade de que a ‘credibilidade’ do coautor que incrimina outro sujeito **deva ser escrutinada** e ‘necessita de uma conferência a partir de provas reais.’” (grifos nossos)

Sob essa óptica, o Supremo Tribunal Federal reconheceu

“a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito – fundado em cláusulas constitucionais (CF art. 5º, incisos LIV e LV) – de formular reperguntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares.” (HC nº 94.016/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26/2/09 – grifos do autor)

O aresto paradigma enfatizou ainda que o

“desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa.” (grifos do autor)

Em linha de convergência, Gustavo Badaró explica que

“no caso em que há colaboradores e delatados a serem interrogados, não havendo disciplina específica no CPP nem na Lei nº 12.850/2013, a lacuna deve ser suprida pela aplicação do princípio da ampla defesa. O próprio deslocamento do interrogatório do momento inicial da instrução para após o seu término, promovido pela Reforma de 2008, visou permitir que o acusado possa exercer sua autodefesa – ou até mesmo optar por renunciar ao seu exercício, permanecendo calado – já tendo um conhecimento completo de toda a prova produzida e, em especial, dos elementos incriminatórios colhidos na instrução. A lacuna deve ser suprida com apoio no princípio da ampla defesa, que exige que seja interrogado inicialmente o colaborador, e depois, os corréus delatados.” (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-24/gustavo-badaro-figura-especifica-colaborador-premiado> - grifos nossos)

Colaciona, ainda, esse renomado Professor de Direito Processual Penal da USP que,

“concluída a instrução e interrogados os corréus, primeiro o colaborador, e depois os delatados, **coloca-se o problema da ordem da apresentação das alegações finais**. Dificilmente, pela complexidade dos casos, será adequada a realização de debates orais. A questão, portanto, cinge-se à ordem de apresentação de memoriais. O CPP limita-se a prever que as alegações finais orais serão apresentadas, ‘respectivamente, pela acusação e pela defesa’ (art. 403, *caput*). E, no caso de conversão em memoriais, o juiz deverá ‘conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais’ (art. 403, § 3º). Interpretando o parágrafo, segundo a regra geral da cabeça do artigo, fica evidente que as partes serão, primeiro a acusação e depois a defesa. **Novamente, não há previsão expressa no caso de haver corréu colaborador. Pelas mesmas razões expostas quanto ao modo do interrogatório, na apresentação de alegações finais, é necessário que o acusado conheça a síntese argumentativa da acusação existente contra ele, quando da apresentação de suas alegações finais**. Por isso, a ordem dos memoriais é: primeiro a acusação, depois a defesa. Procurando suprir a lacuna legal pela **aplicação dos princípios constitucionais, em especial a ampla defesa**, a ordem deve ser: memoriais do Ministério Público; memoriais do colaborador premiado; memoriais do correu delatado.” (grifos nossos)

Em abono a esses fundamentos, destaco o substancial voto proferido no caso pelo Ministro **Alexandre de Moraes**, quando consignou que

“[o] direito de falar por último **está contido no exercício pleno da ampla defesa** englobando a possibilidade de refutar TODAS, absolutamente TODAS as informações, alegações, depoimentos, insinuações, provas e indícios em geral que possam, direta ou indiretamente, influenciar e fundamentar

uma futura condenação penal, entre elas as alegações do delator.”

Ao concluir que **“o delatado tem o direito de falar por último sobre todas as imputações que possam levar à sua condenação”**, Sua Excelência ponderou que,

“o delator precisa que o Ministério Público obtenha a condenação para ter sucesso em seu acordo, conseqüentemente, suas alegações finais, fornecendo ao processo e ao juiz todos os argumentos que entender necessários para conseguir efetivar sua delação, auxiliando o órgão acusador a obter uma sentença condenatória.”

É providencial, portanto, que os acusados delatados, tenham o direito de inquirir o acusado colaborador na audiência de interrogatório, **bem como se contraporem em momento posterior aos argumentos constantes das alegações finais por este ofertadas, o que enaltece o direito ao confronto, inerente ao contraditório pleno, reconhecido, inclusive, pelo direito norte-americano e italiano, como já demonstrado.**

Assegura-se, dessa forma, a “paridade de armas” entre o acusado delatado e o órgão acusador, entendida como

“o indispensável equilíbrio que deve existir entre as oportunidades concedidas às partes para que, ao apresentar suas provas e alegações ao juiz ou tribunal, não seja colocado em desvantagem em relação à parte contrária” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36).

A par dessas premissas, penso que a oitiva dos acusados delatados deve necessariamente ser realizada em momento posterior ao interrogatório do acusado colaborador, como ocorreu na espécie, sendo que, **essa mesma lógica processual, em prol da ampla defesa e de um**

efetivo contraditório, deve ser assegurada aos acusados delatados na fase das alegações finais.

Até porque,

“[a] exigência de um contraditório efetivo e equilibrado impõe que se analise, (...) o próprio conteúdo das alegações oferecidas, **sob pena de se transformar a participação nessa fase em mera formalidade inócua, desprovida de qualquer aptidão para influenciar o convencimento do julgador**” (GRINOVER *et al.* *As nulidades no processo penal*. 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 229 – grifos nossos).

Mas ainda que se questione a ausência de previsão legal nesse sentido, “a compreensão hermenêutica e a incidência das normas fundamentais”, como pertinentemente anotou o Ministro **Ricardo Lewandowski**, no julgamento do HC nº 157.627-AgR, “não estão condicionadas, em princípio, à existência de texto normativo infraconstitucional, conforme prescreve o disposto no § 1º do art. 5º, da CF/88.”

Como bem disse Sua Excelência em seu douto voto,

“[é] cediço, nessa quadra, que o legislador é incapaz de prever, de forma apriorística e com pormenores, as diversas situações em que descortina-se indispensável assegurar o contraditório substancial ao acusado, mormente quando envolver novel diploma legal introduziu no ordenamento jurídico.”

Vale registrar que o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais, que materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana e, havendo justo receio de serem eles infringidos, **devem assumir máxima efetividade na ordem constitucional** (v.g. HC nº 87.111, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ de 23/6/06).

Por essas razões, reconheço que, em todos os procedimentos penais,

é direito do acusado delatado apresentar as alegações finais após o acusado delator que, nos termos da Lei nº 12.850/13, tenha celebrado acordo de colaboração premiada, devidamente homologado.

Concluo, assim, pela existência de prejuízo suportado pelo paciente que, no caso concreto, se insurgiu *opportune tempore* e de forma reiterada contra o cerceamento de defesa, de sorte que percorreu toda a cadeia processual até chegar a esta Corte.

Cabe, ainda, consignar que esse ponto de vista guarda coerência com o meu entendimento em matéria de nulidade processual, notadamente de que, “além da *arguição opportune tempore* da suposta nulidade, seja ela relativa ou absoluta, a demonstração de prejuízo 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.” (RHC nº 138.752/PB, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 27/4/17)

Forte nessas razões, como já havia adiantado, **concedo a ordem de habeas corpus** para determinar o retorno do processo à fase de alegações finais, assegurando-se que o acusado delatado apresente sua alegações após o acusado delator, acompanhando, portanto, o voto divergente inaugurado pelo Ministro **Alexandre de Moraes**, renovando as mais respeitosas *venias* ao Relator.

É como voto.

Nada obstante, como já anunciado na última assentada, trago à submissão dos eminentes pares, **não uma modulação dos efeitos do julgado, mas uma proposta de tese à balizar todo o sistema de Justiça brasileiro**, para resguardar o postulado da segurança jurídica.

A proposta em questão assumirá, ademais, a relevantíssima função jurídica de “proteger a confiança do particular nos atos do Estado – no caso específico, **a confiança do jurisdicionado na pauta de conduta criada pelo Poder Judiciário**”, como leciona a professora **Teresa Arruda Alvim**, em obra de grande relevância acadêmica¹.

1 **Modulação na Alteração da Jurisprudência Firme ou de Precedentes Vinculantes**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.

Até porque, o que se está a decidir na espécie é a garantia da aplicação de preceitos fundamentais da Constituição, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, “[d]e molde, sempre, a salvaguardar direitos do cidadão” (*op. cit.* p. 165)

A proposta de tese que defendo, aliás, não é nova para este Plenário em processo subjetivo, já que no julgamento do HC nº 127.900, de **minha relatoria**, no tocante a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, a Corte fixou uma tese objetiva para a matéria.

Nesse sentido, proponho ao colegiado as seguintes teses:

“i) Em todos os procedimentos penais, é direito do acusado delatado apresentar as alegações finais após o acusado que, nos termos da Lei nº 12.850/13, tenha celebrado acordo de colaboração premiada, devidamente homologado, sob pena de nulidade processual, desde que arguido até a fase do art. 403 do CPP ou o equivalente na legislação especial e reiterado nas fases recursais subsequentes;”

ii) Para os processos já sentenciados, é necessária ainda a demonstração do prejuízo, que deverá ser aferido no caso concreto pelas instâncias competentes.”