



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Habeas Corpus n. 166373

Relator: Ministro Edson Fachin

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

Propostas da PGR voltadas a **restringir os efeitos** do julgamento do HC n. 166373:

1 - O precedente formado pelo Pleno do STF no julgamento do HC n. 166.373 (de que é nulo o ato de se conceder prazo comum, e não sucessivo, para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais) deve ter efeitos apenas prospectivos, e não retroativos. E isso por que tal precedente representa entendimento jurisprudencial novo (*new rule*), enquanto que a jurisprudência anterior gozava de credibilidade junto aos juízes em geral, que o aplicam com a confiança de que aquele era o procedimento legal e correto (*reliance*). Justamente por isso, a aplicação retroativa desse precedente representa ameaça à *segurança jurídica*, pois geraria a anulação de milhares de condenações criminais em que aplicado o entendimento anterior.

2 – Subsidiariamente, o precedente formado pelo Pleno do STF no julgamento do HC n. 166.373 somente deve ser aplicado para casos passados quando houver a demonstração de prejuízo (que ocorre quando o corréu delator trazer fatos novos em suas alegações finais) e quando tal nulidade tiver sido arguida em momento oportuno, ainda em 1ª instância (sob pena de preclusão temporal).

A Procuradoria-Geral da República vem, respeitosamente, apresentar **MEMORIAL** em que formula **duas propostas voltadas a restringir os efeitos** do

Julgamento do HC n. 166373, realizado nas sessões dos dias 18 e 19 de setembro de 2019 pelo Pleno dessa Suprema Corte.

Passa-se às sugestões desta PGR.

I – Primeira proposta: aplicação *ex nunc* do precedente

I.a Quando um precedente que não possui efeitos vinculantes erga omnes deve ter seus efeitos modulados?

Como se sabe, o Pleno dessa Suprema Corte, ao julgar o HC n. 166.373, entendeu ser nulo o ato de se conceder prazo comum, e não sucessivo, para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais.

Com a finalidade de preservar valores essenciais à ordem jurídica, tais como a sua previsibilidade, justiça e segurança jurídica, este PGR defende que tal decisão somente produza efeitos prospectivos, ou seja, apenas para atos praticados **após a sua prolação**.

Explica-se.

Com efeito, sabe-se que o Poder Judiciário, diversamente dos outros dois Poderes da República, é vocacionado a disciplinar situações **concretas passadas** que lhe são postas à apreciação. Como decorrência lógica disso, as decisões judiciais, em geral, ostentam efeitos retroativos (*ex nunc*), pois voltam-se a regular conflitos **concretos e intersubjetivos já ocorridos no tempo**.

A questão referente à modulação de efeitos de uma dada decisão judicial - em que se discute a substituição do natural efeito retroativo pelo efeito prospectivo (*ex nunc*) - se coloca e ganha relevância **apenas** quando se está diante de decisões que, dadas as peculiaridades dos sistema em que proferida, do órgão do Poder Judiciário

que a proferiu e da natureza da situação que ela apreciou, é capaz de irradiar efeitos não apenas para disciplinar o caso concreto que lhe foi posto à apreciação (*interpartes*), mas também outros milhares de casos que tratem de situações fáticas idênticas à disciplinada pela decisão judicial (*erga omnes*).

No Brasil – país ligado à *civil law*, mas cujo sistema de precedentes cada vez recebe influxos da *common law* e das teorias que lhe são próprias, como a do *stare decisis* – as únicas decisões judiciais que, atualmente, possuem efeito **vinculante erga omnes** – **ou seja, devem ser obrigatoriamente observada por todas as instâncias jurisdicionais do país**, sob pena de serem anuladas pela via da reclamação constitucional- são as proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis e, mais recentemente, após o advento da Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), aquelas proferidas pelo Pleno do STF em sede de recursos extraordinários com repercussão geral¹.

Diante disso, no caso desse tipo de precedente, é comum que o STF, após a sua prolação, discuta se ele deve ter efeitos *ex tunc* (como é o natural), ou *ex nunc*. Razões de “segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, utilizando-se dos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/992, são levadas em conta pela Suprema Corte quando da tomada de decisão acerca da eventual modulação de efeitos de seus precedentes vinculantes *erga omnes*.

Ocorre que a visível tendência de aproximação da ordem jurídica pátria, de tradição romano germânica, à alguns institutos da *common law*, tem contribuído para que, cada vez mais, os precedentes emanados do Pleno da Suprema Corte, mesmo quando não possuam eficácia vinculante geral, revistam-se de um **excepcional efeito**

¹ É o que se extrai da leitura conjugada dos artigos 489, inc. VI, 927, inc. III e 988, §5º, inc. II do Novo Código de Processo Civil (CPC).

²Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

persuasivo para as demais instâncias jurisdicionais. Nestes casos, diante de situações idênticas à enfrentada pelo precedente paradigma, a não observância de sua *ratio decidendi* pelos demais órgãos do Poder Judiciário depende de uma elevado ônus argumentativo. Se este não for bem desempenhado, fatalmente a decisão judicial que “desrespeitou” o precedente do STF será reformada na via recursal.

Justamente por isso, o tema da modulação de efeitos, se *ex nunc ou ex tunc*, também tem se colocado como relevante ao STF quando da prolação, pelo seu órgão plenário, de alguns precedentes despidos de eficácia vinculante *erga omnes*, mas que, pelo tipo de questão que enfrentam em sua *ratio decidendi*, possuem a potencialidade de atingir, ainda que com efeitos apenas persuasivos, milhares de outros casos idênticos.

Exemplo disso foi decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus n. 127.900, em que o STF “modulou” seus efeitos para impedir que eles retroagissem de modo a atingir ações penais cuja instrução já tivesse se encerrado³. Confira-se trecho dessa decisão:

Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos

³ Outros exemplos de casos em que o STF modulou os efeitos de decisões proferidas fora do controle concentrado de constitucionalidade e de RE com repercussão geral: HC 70514, Inq 687, CC 7204, HC 82.959, MS 26603.

penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

(...). 7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado⁴.

Voltando-se, agora, ao **específico tema** de que trata este memorial (modulação dos efeitos do precedente formado pelo Pleno do STF no julgamento do HC n. 166.373), é certo que a sua *ratio decidendi* (é nulo o ato de se conceder prazo comum, e não sucessivo, para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais) possui o potencial de **irradiar seus efeitos** a milhares de casos que no futuro enfrentem ou no passado tenham enfrentado situação fática idêntica à tratada no precedente, ou seja, situações em que corréus delatados e delatores apresentem ou tenha apresentado alegações finais.

Trata-se, certamente, de precedente que não é aplicável apenas ao específico caso concreto por ele enfrentado, mas a muitos outros, e que, embora não possua, a rigor, eficácia vinculante geral, indubitavelmente será observado por todos os juízos do país, dada a sua eficácia persuasiva excepcional.

É exatamente por isso que se faz imperioso, neste julgamento, que seja enfrentada a questão da eventual modulação de seus efeitos.

⁴HC 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).

Saliente-se que, no Brasil, o único critério **legal** para se determinar quando um precedente poderá ter seus efeitos modulados está previsto no já referido art. 27 da Lei n. 9868/99, que preconiza que razões de “*segurança jurídica ou de excepcional interesse social*” podem justificar a atribuição de efeitos *ex nunc* a um precedente.

Por outro lado, à míngua de um maior desenvolvimento da jurisprudência nacional a respeito dos critérios que regulam quando um precedente poderá ter seus efeitos modulados ou não, a doutrina nacional tem se inspirado nos critérios definidos pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos a respeito de tal questão.

Tais critérios foram definidos nos casos *Linkletter v. Walker* e *Stovall v. Denno*, e são os seguintes: um precedente deve ter efeitos apenas *ex nunc*, não retroagindo para evitar casos passados, quando representar entendimento jurisprudencial novo (*new rule*) e quando o entendimento jurisprudencial antigo gozar de credibilidade pelas partes envolvidas ou pelo juiz da causa (*reliance*)⁵.

Assim, são esses três critérios (*segurança jurídica*, *new rule* e *reliance*) que devem reger a decisão a respeito de se conferir, ou não, efeitos prospectivos ao precedente formado pelo Pleno do STF no julgamento do HC n. 166.373.

I.b O precedente formado pelo Pleno do STF no julgamento do HC n. 166.373 deve ter efeitos prospectivos

O precedente formado pelo Pleno do STF no julgamento do HC n. 166.373 (de que é nulo o ato de se conceder prazo comum, e não sucessivo, para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais) deve ter efeitos apenas prospectivos.

É que tal precedente representa entendimento jurisprudencial novo, enquanto que a jurisprudência anterior gozava de credibilidade pelos juízes da causa, que o aplicam indiscriminadamente. Justamente por isso, a aplicação retroativa desse precedente

⁵ Sobre os critérios definidos nesses precedentes, confira-se: Corr, John Bernard, "Retroactivity: A Study in Supreme Court Doctrine as Applied" (1983). *Faculty Publications*. 840. <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/840>

representaria ameaça à segurança jurídica., pois geraria a anulação de milhares de condenações criminais.

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 sempre era 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. **Não há um único precedente dessas Cortes no sentido de que o prazo para réus delatores e delatados apresentarem razões finais deveria ser sucessivo, e não comum.**

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.”

Na mesma linha, conforme afirmado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do HC n. 157627, pela 2ª Turma, em 29 de agosto de 2019, tal tema até então 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.

Veja-se, portanto, que o panorama acima narrado demonstra que o precedente formado pelo Pleno do STF no julgamento do HC n. 166.373 trouxe entendimento novo sobre o tema (*new rule*). Justamente por isso, juízes ao redor do país confiavam que o antigo entendimento jurisprudencial – o qual interpretava o art. 403 do CPP em seu sentido literal - trazia o procedimento correto e legal a ser seguido.

Diante de todos esses elementos, o precedente formado pelo Pleno do STF no julgamento do HC n. 166.373 – de que há nulidade na concessão de prazo em comum para corréus colaboradores e não colaboradores apresentarem alegações finais –, caso aplicado retroativamente, 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 Jato⁶.

Apenas para citar um único exemplo do alcance de tal precedente, registre-se que a sua aplicação retroativa, sem qualquer modulação, afetaria quase a totalidade de condenações da lava jato no âmbito da 13ª Vara federal de Curitiba, segundo informações obtidas pela PGR junto à Força Tarefa da Lava Jato em Curitiba. Assim, das 50 sentenças da lava jato em Curitiba, 32 sentenças poderiam ser anuladas. Isso, por sua vez, beneficiaria 138 condenados, de um total de 159 condenados no total.

⁶Alguns casos em que integrantes do PCC estão presos preventivamente também seriam atingidos caso o precedente em tela seja aplicado retroativamente, sem qualquer modulação. Assim, é o caso das Ações Penais 5000465-76.2018.404.7005, 5005544-02.2019.404.7005, cujo objeto é o homicídio de Melissa de Almeida Araújo, psicóloga vinculada à Penitenciária Federal de Catanduvas/PR, e tentativa de homicídio de seu marido, policial civil, utilizando armas de calibre restrito.

Nesses casos, o risco decorrente da aplicação retroativa da decisão do STF é o retorno dos autos à fase de alegações finais. Frise-se que em se tratando de crime bárbaro e amplamente difundido, há pressão social por uma resposta em prazo razoável. Ademais, como todos os réus estão presos preventivamente há vários meses, o retorno dos autos poderia levar a configuração de excesso e soltura.

Até mesmo condenações transitadas em julgado podem, em tese, ser impactadas pela via da revisão criminal, assim como prisões podem ser revogadas em razão dele.

Tais circunstâncias indicam a conveniência, a bem da segurança, previsibilidade e estabilidade jurídicas, bem como do combate ao crime, de que o entendimento 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 acarrete a nulidade de atos praticados **após a prolação da respectiva decisão**.

II – Segunda proposta: aplicação do precedente apenas para casos passados quando houver a demonstração de prejuízo e quando tal nulidade tiver sido arguida em momento oportuno.

Caso se rejeite a proposta de modulação de efeitos sugerida no tópico anterior, esta PGR defende que o precedente formado pelo Pleno do STF no julgamento do HC n. 166.373 – de que há nulidade na concessão de prazo em comum para corréus colaboradores e não colaboradores apresentarem alegações finais –, somente deva ser aplicado para casos passados quando houver **a demonstração de prejuízo e quando tal nulidade tiver sido arguida em momento oportuno, ainda em 1ª instância**.

No caso da concessão de prazo comum, e não sucessivo, para que as defesas de réus delatados e delatores apresentem razões finais, somente terá havido qualquer prejuízo 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 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 das alegações finais apresentadas pelo réu delator, então esse 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 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.

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.

E mais: além da demonstração do prejuízo, 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. Caso contrário, ter-se-á operado a **preclusão temporal**. A jurisprudência do STF, aliás, é uníssona no sentido de que mesmo nulidades absolutas devem ser arguidas em momento oportuno, sob pena de preclusão⁷.

IV - Conclusões

Em face do exposto, a PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA formula as seguintes **duas propostas voltadas a restringir os efeitos** do julgamento do HC n. 166373:

1ª proposta: Tal precedente que somente produza efeitos prospectivos, ou seja, apenas para atos praticados após a sua prolação;

⁷ HC 156616 AgR/PE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, data do julgamento 17.09.2018.

2ª proposta (subsidiária): Tal precedente somente se aplique a casos passados quando houver a demonstração de prejuízo e quando tal nulidade tiver sido arguida em momento oportuno, ainda em 1ª instância.

Brasília, 1º de outubro de 2019.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República