

Renan Azevedo Leonessa Ferreira¹⁰⁰

RESUMO

Em outubro de 2019, o STF decidiu, por maioria de votos, que o delatado deve se manifestar posterior e sucessivamente ao delatado, em observância ao contraditório e à ampla defesa. A Corte Suprema optou, contudo, por modular os efeitos de decretação de nulidade quanto aos processos pretéritos que não tenha observado referido procedimento. Nesse contexto, a partir dos métodos dedutivo e dialético de pesquisa, busca-se analisar a teoria das nulidades no direito processual penal, à luz do resguardo ao devido processo penal. Analisa-se, ainda, o instituto de delação premiada e o papel desempenhado pelo delator no desenrolar da marcha processual. Por fim, a partir das conclusões obtidas, busca-se analisar o (des)acerto daquilo decidido pela Corte Suprema, propondo-se, a seguir, uma solução condizente com os valores constitucionais tutelados pelo sistema de nulidades.

Palavras-chave: Delação premiada. Nulidades. Processo penal acusatório.

1 INTRODUÇÃO

Em outubro de 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, em sede do Habeas Corpus n.º 166.373 (BRASIL, 2019), que o delatado deve se manifestar posterior e sucessivamente ao delator em todas as fases do processo criminal em que figuram como corréus. O Habeas Corpus impetrado encontra sua origem na Operação Lava Jato, mais precisamente na Ação Penal n.º 5024266-70.2017.4.04.7000 (BRASIL, 2018), que tramitou originariamente na 13ª Vara Federal de Curitiba.

Após impetração sucessiva do remédio constitucional junto ao Tribunal Regional Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, o caso foi apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. A partir de sessões realizadas nos dias 26 de setembro, 02 e 03 de outubro de 2019, por 6 votos a

¹⁰⁰ Mestrando em Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Assistente Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo.

5, foi concedida a segurança para anular todos os atos processuais posteriores ao oferecimento dos memoriais no caso concreto, concedendo-se prazo sucessivo para nova apresentação das alegações finais pelo delatado posteriormente aos corréus delatores. Na ocasião, restou assentada, por maioria de 7 votos a 4, a necessidade de concessão de prazos sucessivos entre delatores e delatados em todos os processos criminais.¹⁰¹

Devido à repercussão do julgamento ora analisado, por maioria de votos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal optaram pela formulação de teses em sede de Habeas Corpus, a fim de uniformizar a aplicação aos demais casos idênticos e análogos. Para tanto, em seu voto, o Ministro Presidente Dias Toffoli propôs 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 (BRASIL, 2019).

Disso decorre a opção pelo regime de nulidade relativa, de tendência predominante na Corte. Assim, pode-se destacar nessa posição duas restrições à decretação de nulidade em casos análogos: a alegação oportuna (na fase das alegações finais ou equivalente), reiterada em todos os recursos posteriores, e a comprovação do prejuízo.

2 DISTORÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA E FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS LIGADAS AO INSTITUTO DA NULIDADE

O discurso de combate às organizações criminosas tem sido uma prioridade em matéria penal. Com a sofisticação dos mecanismos, aprofundamento da divisão de tarefas e manejo de tecnologias, os lucros auferidos por grupos criminosos têm sido vultosos. Nota-se, com isso, forte tendência legislativa e midiática em busca de punir empresas envolvidas nessas atividades,

¹⁰¹ Referida disparidade se deve ao fato de que a Ministra Carmen Lúcia não reconheceu o efetivo prejuízo na hipótese concreta, denegando o Habeas Corpus apesar de concordar com a tese suscitada.

integrantes de organizações criminosas, além de meios de investigação mais eficazes (SOUZA, 2007, p. 149).

Nesse contexto, a superexposição de investigações criminais causa efeitos deletérios sobre o julgamento. No Brasil, o caso Mensalão consistiu no primeiro exemplo de impacto sobre o papel da mídia, ao expor o maniqueísmo, divulgando a versão acusatória formulada pelos informes policiais e pelo Ministério Público como irretocável.

Assim como no caso do Mensalão, a Operação Lava Jato encontra ampla divulgação midiática. Apesar da publicidade constitucionalmente assegurada, o excesso de divulgação pode influir na própria prática dos atos processuais. Está a se falar do *trial by the media*, ou seja, processo midiático que influi efetivamente no desfecho do processo penal (MATOS, 2018, p. 170). Segundo sustenta Nunes:

De modo muito semelhante ao que ocorreu na Itália, durante a ‘Operação Mãos Limpas’, no Brasil, muitas das operações desenvolvidas pelo Ministério Público violam completamente a Constituição da República, porque: o contraditório não é observado; as testemunhas são ameaçadas com prisões; há um uso abusivo de acordos de delação e escutas telefônicas deferidas por longos períodos de tempo; o Poder Judiciário admite, em muitos casos, o emprego desses mecanismos inconstitucionais (NUNES, 2016, p. 92).

O fomento a megaoperações de combate à corrupção ocorre de forma desenfreada, sem se ponderar, contudo, a eficiência dessas práticas no efetivo combate à corrupção. Fecham-se os olhos às experiências concretas em outros países, nos quais não houve queda da corrupção, mas, em verdade, sofisticação de suas práticas (AMARAL; GLOECKNER, 2017, p. 66-67).¹⁰²

Apesar dessas críticas lançadas sobre as operações concretamente adotadas de combate à corrupção, é inegável que, no ordenamento pátrio, a Lei n.º 12.850/13 trouxe contornos mais claros para os procedimentos, buscando resguardar direitos e garantias fundamentais. Muito embora apresente equívocos e lacunas, parte destas sanadas com o advento da Lei n.º 13.964/19, inegável a necessária regulamentação de determinados conceitos e institutos, a conferir maior segurança jurídica.

O direito premial – entendido como negócio jurídico processual - não foi inaugurado com a Lei n.º 12.850/13 no modelo brasileiro. Há experiências pretéritas com a transação penal,

¹⁰² Surge a ilusão de que a célere punição dos investigados levará a uma resposta estatal efetiva no combate às práticas corruptas. Há, por trás, a questão do expansionismo do direito penal, o qual aparece como meio primário de solução dos conflitos, a fomentar o discurso de eficiência do sistema e celeridade (VASCONCELLOS, 2017, p. 41).

suspensão condicional do processo. Afinal, o Ministério Público deixa de formalizar denúncia ou de prosseguir com o processo, apesar de presentes comprovação da materialidade e indícios de autoria delitiva (SANTOS, 2017, p. 132-133). Com isso, já se denota clara flexibilização dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal. Nessa vertente também se situa o recém-criado instituto do acordo de não persecução penal.

Há, contudo, uma segunda corrente do direito premial, relacionada a um viés punitivo, porquanto diretamente voltada à aplicação da pena (SANTOS, 2017, p. 136). Trata-se do atual manejo instituto da colaboração premiada, que recebeu influência do sistema Common Law norte-americano, com base no plea bargain, mas que também encontra correlatos em outros ordenamentos de Civil Law, como na Itália.

Ocorre que, no ordenamento pátrio, não se deve abandonar a dicotomia entre público e privado, reconhecendo-se apenas tênue interpenetração desses sistemas. Assim, os institutos do direito premial, sobretudo a colaboração premiada, apresentam natureza de negócio jurídico processual (MENDONÇA, 2019, p. 62).

Referida realidade, contudo, deve ser ponderada com reservas, por se tratar também de um meio de obtenção de prova (artigo 3º-A da Lei n.º 12.850/13) em sede penal. Segundo Lopes Júnior (2001, p. 12), há uma íntima relação entre direito penal e processo penal: este não possui qualquer realidade concreta externamente ao processo. No processo penal, está a se falar da liberdade, do ser. Isso “significa dizer que ao juiz penal não se pede, como ao juiz civil, algo que nos falta, o tal “bem da vida” como se referem os civilistas. É a própria vida que está em jogo” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 232).

As garantias penais e processuais penais são, em sua essência, garantias negativas, voltadas a limitar o poder do Estado em defesa das liberdades individuais. Há forte correlação com o direito penal mínimo, ou seja, traçar rígidos limites para a intervenção punitiva. Com relação ao delito, os limites são as garantias penais: legalidade estrita/taxatividade, ofensividade, materialidade e culpabilidade. Quanto ao processo, são as garantias processuais e orgânicas (FERRAJOLI; CARBONELL, 2008, p. 68/69).

Direito, pena e processo penal são complementares – caráter instrumental do processo inserido no monopólio estatal. Por isso, apenas um processo garantista pode conferir à magistratura penal o papel de controle do poder. No Brasil, à contrariedade, a aplicação desenfreada do instituto da colaboração premiada levou a uma tentativa derivada da obtenção mais célere de condenações.

Houve um estímulo à reiteração e multiplicação de acordos, pressionando-os além dos limites legais e constitucionais delineados pelo legislador. Conforme ressalta Zilli:

Quando o sistema está histórica e culturalmente sedimentado em outras bases, o transplante, sem dúvida, será problemático, quando não inviável. Mas, mesmo as traduções/adaptações também não estarão isentas de problemas. Estes decorrem não só das resistências ao que se apresenta como relativamente desconhecido, mas também das tendências expansionistas das fronteiras do novo instituto. No primeiro caso, é o apego à cultura processual do órgão receptor que move a resistência. No segundo, é o desejo de aproximação ao modelo inspirador que alimenta a expansão. Ao menos por ora, a experiência brasileira tem demonstrado inclinações para o último (ZILLI, 2017, p. 6).

Nesse contexto, em um movimento tendencialmente punitivista e indiferente às garantias processuais distintas provenientes dos sistemas processuais privado e público, o regime de nulidades torna-se um dos institutos mais vilipendiados. Em posição adotada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, o ônus argumentativo para demonstrar o prejuízo incumbe sempre à parte que alegou a nulidade, ainda que absoluta. Trata-se de uma extensão da interpretação do artigo 566, do Código de Processo Penal, a todas as hipóteses de nulidade. Por meio desse dispositivo, o qual exige efetiva influência na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, desconsidera-se, ainda, um raciocínio lógico-hipotético, exigindo-se uma *probatio diabolica* acerca da verificação concreta do prejuízo.

O exemplo mais emblemático dessa interpretação aplicada pela Corte Superior reside na Súmula n.º 523: “a falta de defesa constitui nulidade, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo.” Nessa hipótese, a aposição da conjunção “mas” indica reconhecimento de que se trata, de fato, de duas hipóteses de nulidade absoluta (falta e deficiência de defesa) (MORAES, 2006, p. 1). Com efeito, a deficiência de defesa também guarda estreita correlação com a ampla defesa (direito a uma defesa técnica apta), garantia constitucional fundamental.

Ocorre que, ao arrepio da garantia do devido processo legal, o Supremo Tribunal Federal requer expressamente a comprovação do prejuízo pela defesa, desvirtuando o adequado tratamento para o regime de nulidades no processo penal. Nesse contexto de falsa condensação do processo civil e processo penal em uma teoria geral do processo, o elemento mais danoso consiste na indevida e disseminada aplicação do princípio *pas nullité sans grief*. Afinal, no processo penal, em regra, forma é uma garantia constitucional. O sistema acusatório impõe garantias por meio de normas processuais que, se violadas, em regra culminarão com um prejuízo – o desrespeito às próprias garantias fundamentais. Por outro lado, o conceito de prejuízo é indeterminado e genérico.

Assim, flexibilizar a forma torna-se meio de flexibilizar as garantias (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 237).

Disso resultam duas grandes falácias jurisprudenciais: a) considerar-se a violação à forma, em regra, como nulidade relativa; b) exigir-se a comprovação de prejuízo mesmo diante de uma nulidade absoluta.

Por conseguinte, a conjugação dos problemas ora expostos (a flexibilização de garantias nas operações de combate à corrupção, aliada a uma aproximação punitivista entre os regimes de direito privado e público, com repercussões marcantes na teoria da nulidade) conduz à relevância do tema ora delineado.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS E O REGIME DE NULIDADES

Pressuposto de suma relevância para a compreensão do problema tratado é a delimitação do sistema processual vigente no ordenamento. Atualmente, contudo, não há que se falar de sistemas penais puramente inquisitórios ou acusatórios, como eram em sua origem. Conforme expõe Coutinho (2009, p. 109), todos os sistemas atuais são mistos, porém se orientam por princípios unificadores representativos de seu conteúdo nuclear, ao quais se agregam elementos do sistema algoz.

Para este autor, o sistema brasileiro é primordialmente inquisitivo, porquanto o Código de Processo Penal foi desenvolvido com base no Código Rocco italiano de 1930. Por essa razão, sustenta que o fato de o juiz julgador possuir amplo acesso às provas e determinar diligências – inclusive de ofício – na fase investigatória implicaria confusão entre as funções de acusador e juiz, o que revelaria forte caráter inquisitório.¹⁰³

Por outro lado, conforme expõe Badaró (2016, p. 96), há que se reconhecer que a essência do modelo acusatório tem sido observada, qual seja, a separação entre as funções de acusar (exercida pelo Ministério Público), julgar (atribuída ao juiz) e defender (conferida a advogados e à Defensoria Pública), o que viabiliza o efetivo contraditório. Soma-se a isso o fato de que o

¹⁰³ Nesse sentido converge o entendimento de CHIAPETA e PAULA (2019, p. 71), ao mencionarem poderes do juiz típicos que o afastam do modelo acusatório: a gestão da prova no processo (artigo 156), a possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício (artigo 311), ou mesmo, a viabilidade de se condenar o acusado mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo órgão acusador (artigo 385).

Constituinte Originário delineou uma série de garantias processuais para o indivíduo, todas atinentes a este sistema processual e essenciais para se afastar da irracionalidade nuclear que permeia o sistema inquisitório.¹⁰⁴

Ademais, as alterações trazidas pela Lei n.º 13.964/19 reforçam as características fundamentais do sistema acusatório, expressamente adotado como modelo no sistema processual penal (artigo 3º-A, da Lei n.º 19.364/19). De fato, houve vedação à decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz (nova redação do artigo 311, do Código de Processo Penal), bem como o arquivamento do inquérito policial tornou-se ato *interna corporis* do Ministério Público, não se facultando ao juiz discordar (nova redação do artigo 28). Por fim, a alteração de maior relevância, a conferir verdadeira imparcialidade ao julgador, consiste na criação da figura do juiz das garantias (artigo 3º-B a 3º-F, da Lei n.º 19.364/19). Com a clara delimitação das funções do juiz julgador da causa, estas circunscritas aos momentos posteriores ao recebimento da denúncia, há uma separação de fato entre a investigação e o processo.

De qualquer modo, conforme sustenta Lopes Júnior (2013, p. 6), deve-se afastar do debate acerca do sistema predominante no sistema processual penal brasileiro (inquisitivo ou acusatório), para se perquirir a verdadeira observância a um sistema democrático e garantido constitucionalmente. Afinal a defesa de cada entendimento não pode ser utilizada como pretexto para se encerrar a discussão de constante aprimoramento do sistema vigente. Nas palavras do autor:

[...] está na hora de partir para uma terceira fase inclusive com o abandono dos termos “acusatório” e “inquisitório”, pois excessivamente “rotulados”, arraigados em visões tradicionais e lutas conceituais infundáveis (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 5).

Uma vez postulado o sistema acusatório como aquele regente do processo penal brasileiro, mostra-se pertinente a delimitação de suas garantias emblemáticas, as quais serão essenciais para o subsequente desenvolvimento da teoria das nulidades.

Segundo Martins (2019, p. 846), o devido processo legal, um princípio processual de ampla difusão, provém originalmente da Magna Carta de 1215, momento no qual o direito anglo-

¹⁰⁴ Trata-se, notadamente, das seguintes garantias: devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), juiz natural (artigo 5º, inciso XXXVII e LIII), inadmissibilidade de provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI), contraditório e ampla defesa (artigo 5º inciso LV), presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII), manejo de habeas corpus (artigo 5º, inciso LXVII), duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII), bem como publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios, vigorando a livre persuasão racional do juiz (artigo 93, inciso IX).

saxão plasmou o termo “due process of law”. No ordenamento pátrio, encontra abrigo no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Seu conceito pode ser subdividido em dois prismas complementares: processual e material. Sob a óptica processual, para Martins (2019, p. 847), trata-se da “somatória de direitos constitucionais aplicados ao processo.” Em consonância com esse entendimento, Badaró (2019, p. 86) define como o desenvolvimento do processo em consonância com os demais princípios processuais: garantia do juiz independente e imparcial, do juiz natural, igualdade de partes, estado de inocência, motivação, publicidade, duplo grau de jurisdição, processo no prazo razoável e proporcionalidade.¹⁰⁵

Nesse contexto, corolário do devido processo legal é o efetivo contraditório, este com enfoque tradicional no aspecto formal: a ciência ou informação dos atos processuais e a possibilidade de reação. O primeiro aspecto consiste na possibilidade de se ter conhecimento dos fatos veiculados no processo, vista de documentos e acesso a quaisquer atos processuais e informações que influam sobre o julgamento. O direito à reação, segundo aspecto, é a faculdade de apresentar argumentos contrários, mediante peças processuais, documentos ou outros meios de prova legais, reforçando-se a estrutura dialética do processo (MACHADO, 2014, p. 70).

Ocorre que, com o advento do Estado de Bem-Estar social, a igualdade formal propalada no prisma da liberdade obtém um incremento mediante a noção de equidade, ou igualdade material. Logo, a busca por uma igualdade substancial também contribui com uma guinada essencial na noção de contraditório, de maneira que a mera possibilidade de reação se converte em verdadeira e efetiva participação das partes em condição de igualdade.

O direito de influir no desfecho do processo tem marcante desdobramento no princípio da cooperação, exigindo-se que as partes e juiz colaborem para a construção do provimento jurisdicional. Essa construção participativa impõe o dever de se considerar todos os argumentos suscitados pelas partes (MACHADO, 2014, p. 72-74).

Intrinsecamente relacionada com o contraditório e, destarte, com o devido processo legal, a ampla defesa também adquire papel de destaque no ordenamento processual penal. Encontra sua previsão no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, potencializada na hipótese do Tribunal

¹⁰⁵ A seu turno, o aspecto material ou substantivo tem por base o princípio da razoabilidade. Sua origem reside na Suprema Corte Americana no século XIX, defendendo-se a invalidade dos atos do poder público que não sejam razoáveis (MARTINS, 2019, p. 405). Segundo sustenta Madeira (2019, p. 123), a razoabilidade restringe a possibilidade de se limitar direitos dos cidadãos com base em simples observância procedimental.

de Júri no inciso XXXVIII, alínea “a” (plenitude de defesa). Sobre a ampla defesa discorre Grinover:

A exigência de um contraditório efetivo e equilibrado impõe que se analise, em certos casos, o próprio conteúdo das alegações ou memoriais oferecidos, sob pena de se transformar a participação nessa fase em mera formalidade inócua, desprovida de qualquer aptidão para influenciar o convencimento do julgador (GRINOVER, 2009, p. 191).

No entendimento de Andrade Segundo (2017, p. 107), a ampla defesa se subdivide em defesa técnica, autodefesa e defesa efetiva. Neste último prisma, de especial relevância para o estudo, um enfoque substancial consiste no direito do réu à última palavra, possibilitando contradizer todas as declarações efetuadas pelo polo acusatório. Por essa razão, para efetiva observância à ampla defesa, o interrogatório do réu deve ocorrer ao final, bem como as alegações finais da acusação devem anteceder as defensivas (GIACOMOLLI, 2014, p. 118).

A tutela da regularidade dos atos processuais obtém guarida exclusivamente no modelo acusatório. Afinal, visa-se a tutelar a efetiva observância ao devido processo legal, sem, contudo, excessivo apego a formalidades.

Em sede de nulidades em sentido estrito, de especial relevância ao tema ora tratado, de se pontuar a subdivisão em relativa e absoluta. Brasileiro de Lima (2019, p. 1626) sustenta que há duas características essenciais das nulidades absolutas. Primeiramente, há prejuízo presumido: o artigo 563, do Código de Processo Penal, estende o princípio do *pas nullité sans grief* a todas as espécies de nulidade, razão pela qual deve se fazer presente inclusive em sede de nulidade absoluta. Por outro lado, por se verificar violação a norma de interesse público – em regra plasmada constitucionalmente –, entende-se que há presunção *iuris tantum* acerca do prejuízo.¹⁰⁶

A segunda característica consiste na arguibilidade a qualquer momento, por não estar a nulidade absoluta sujeita a preclusão. É passível de arguição inclusive via ação rescisória, salvo em se tratando de sentença absolutória própria, por vedação à revisão criminal *pro societate* (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, p. 1627).

A seu turno, a nulidade relativa advém da violação de interesses preponderantemente privados. Caso não demonstrado o prejuízo pela parte, após menção oportuna, o ato não será

¹⁰⁶ Logo, há inversão do ônus da prova, em lógica inversa àquela prevista no artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal. Por conseguinte, à parte que suscitou o vício processual não incumbirá provar a efetiva existência do prejuízo. Recairá a seu alzo comprovar a inexistência de dano para que o ato não seja declarado nulo (BADARÓ, 2016, p. 795).

anulado. Em geral, entende-se não ser passível de reconhecimento de ofício, à contrariedade de nulidades absolutas (BADARÓ, 2016, p. 794).¹⁰⁷

Tarefa árdua em sede de nulidades consiste na diferenciação entre as vertentes absoluta e relativa. Deve-se ponderar, em primeiro lugar, que as nulidades absolutas não estão circunscritas às hipóteses do artigo 564, do Código de Processo Penal. A *contrario sensu* da interpretação do artigo 572, daquele Código, entende-se que são consideradas insanáveis – logo, absolutas – todas as nulidades elencadas no artigo 564 e não mencionadas naquele dispositivo (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, p. 1628).

Sobretudo no tocante à nulidade absoluta, todavia, é inviável a presunção de completude do sistema, o qual é essencialmente casuístico em razão de sua leitura obrigatória à luz das garantias constitucionais. Logo, “a simbiose é constante e incompatível com uma taxatividade na lei ordinária” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 947).

Por essa razão, em segundo lugar, ainda que ausente previsão expressa no artigo 564, combinado com o 572, ambos do Código de Processo Penal, qualquer violação a norma processual constante da Constituição Federal, bem como de Tratados Internacionais que versem sobre a tutela de direitos humanos (notadamente, Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), deve ser considerada como nulidade absoluta.

Com efeito, ao se situarem em diplomas normativos de proteção aos valores fundamentais dos indivíduos, revelam o cerne do devido processo legal, não sendo passíveis de convalidação. Destacam-se, com isso, todas as garantias constitucionais características do sistema acusatório. Asseguram o correto desempenho da função jurisdicional, além das expectativas das partes, com vistas a um provimento imparcial e justo (GRINOVER, 2009, p. 21-22).

Por fim, também incorre em nulidade absoluta a violação de forma prescrita em lei voltada à tutela de interesses públicos, ou seja, valores implícitos na própria Constituição atrelados a garantias fundamentais.

A seu turno, são hipóteses de nulidades relativas todas aquelas mencionadas no artigo 572, do Código de Processo Penal, tendo em vista o reconhecimento de sua sanabilidade caso não arguidas em tempo oportuno (reconhecendo-se, com isso, sua preclusão). Convém registrar ainda que, mesmo ausente expressa cominação de nulidade, presente prejuízo decorrente da violação a

¹⁰⁷ A forma mais comum de convalidação do ato é a preclusão (GRINOVER, 2009, p. 30/31).

qualquer forma prescrita em lei que vise à tutela de interesse das partes, haverá igualmente nulidade relativa (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, p. 1629).

Essa abordagem da teoria das nulidades, à luz do sistema acusatório, é aquela que melhor se compatibiliza com todos os procedimentos adotados na seara processual penal. Deve ser aplicada, por conseguinte, nas hipóteses de delação premiada. Conforme sinalizado, a estrita observância ao procedimento é de especial relevância na seara dos crimes de colarinho branco, porquanto há enorme potencial à violação de direitos individuais, maximizado no atual contexto de combate à corrupção. Discorre Canotilho que:

Na medida em que tem assim como finalidade precípua a incriminação de terceiros, pelo menos, por um crime de organização criminosa, a colaboração premiada apresenta-se como um meio processual idôneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada (CANOTILHO, 2017, p. 146).

4 ANÁLISE DO HC n.º 166.373/PR, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUANTO À CONFIGURAÇÃO DE NULIDADE DIANTE DA VEDAÇÃO À CONCESSÃO DE PRAZO SUCESSIVO AO DELATADO APÓS MANIFESTAÇÃO DO DELATOR

Nesse esteio, qualquer violação ao devido processo legal deve ser tratada com o devido rigor, vedando-se flexibilizações. Nesse contexto insere-se a temática tratada por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus n.º 166.373 (BRASIL, 2019), qual seja, a ordem de manifestação dos corrêus delatores e delatados no mesmo processo, e sua forte correlação com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Convém registrar que a posição do delator sempre se mostrou de algos com relação ao corrêu delatado. Afinal, a condenação com fundamento na delação é pressuposto para o sucesso do acordo e, com isso, obtenção dos benefícios nele pactuados. Ora, muito embora a efetividade do acordo, de fato, não esteja necessariamente condicionada ao provimento da ação penal com relação ao corrêu delatado, *a contrario sensu*, a condenação deste importará no reconhecimento de que o delator contribuiu com o desfecho, fazendo jus a seu benefício pactuado. Com efeito, de rara verificação prática a hipótese de improcedência da ação penal com relação ao delatado em que o

acordo pactuado com o delator é efetivamente cumprido. Logo, todos seus esforços serão dirigidos à condenação, por ser este o mecanismo mais seguro para o sucesso de seu acordo.

Ademais, há diversos dispositivos constantes da Lei n.º 12.850/13 que confirmam a posição antagonista do delator e, inclusive, denotam descrença no tocante às alegações do delator. A antiga redação do artigo 4º, § 16, estabelece que não será possível condenar o delatado exclusivamente com base no depoimento do delator. Com efeito, não houvesse seu interesse na obtenção de uma condenação, a oitiva de apenas uma testemunha, caso uníssona no conjunto probatório, seria apta a embasar um juízo condenatório. Disso decorre que, à toda evidência, o legislador buscou mitigar a força probatória do relato do delator.

Em reforço, a Lei n.º 13.964/19 acrescentou ser vedada ainda a decretação de qualquer medida cautelar, ou mesmo, recebimento da denúncia ou queixa-crime, com base exclusiva no depoimento do delatado (atual redação do artigo 4º, § 16).

A regra de corroboração é aplicável a cada agente e a cada fato delitivo, o que respectivamente denota corroboração subjetiva e objetiva. Não deve ser genérica, mas individualizada. Embora haja limitação de meios de prova, ou mesmo, de valores quantitativos para a corroboração, deve ser robusta e atinente a todos os fatos imputados. Podem ser dados acessórios, mas necessariamente próximos ao fato delitivo (MENDONÇA, 2019, p. 361).

No mais, para além de o delator se abster do exercício do direito ao silêncio, tem o dever legal de dizer a verdade. Logo, com a incriminação de terceiro, interrogatório do colaborador, ao menos quanto a seu conteúdo, adquire natureza jurídica de testemunho (BARROS, 2017, p. 31).

Nesse contexto, diante de sua disposição em favor da versão acusatória, cumulado com o dever legal de dizer a verdade, os depoimentos do delator possuem características de depoimentos de testemunha de acusação. Caso o delator não integre o polo passivo no mesmo processo referente ao delatado, a repercussão essencial deve ser apenas sua oitiva junto das testemunhas de acusação, viabilizando-se posteriormente os depoimentos das testemunhas de defesa e o interrogatório do delatado.

Por outro lado, se delator e delatado forem corréus no mesmo processo, a observância ao contraditório impõe a manifestação deste sempre posteriormente. Com efeito, endoprocessualmente, a posição jurídica assumida pelo delatado será simultaneamente de réu (em face das imputações a ele atribuídas) e similar à de assistente da acusação (com relação aos delitos imputados ao corréu delatado), decorrente de seu interesse na prevalência da versão acusatória.

Sendo assim, a observância ao devido processo legal, notadamente, ao contraditório e à ampla defesa, impõe que o corréu delator se manifeste posteriormente ao Ministério Público (porquanto também ostenta a posição de réu), porém previamente ao corréu delatado, a fim de que este possa tomar ciência e se manifestar acerca de todas as teses – de fato e direito – aventadas em seu desfavor.

De fato, conforme se discorreu, a noção substancial de contraditório pressupõe a informação, reação e efetiva influência acerca do desfecho processual. A seu turno, a observância à ampla defesa impõe a faculdade de defesa efetiva do réu de todas as acusações em seu desfavor. Nesse sentido, a manifestação concomitante entre corréus delator e delatado inviabilizaria não apenas a reação adequada deste, como também a possibilidade de efetivamente se defender dos argumentos aventados pelo delator, maculando o desfecho processual.

Especial destaque, ainda, merece a manifestação quando das alegações finais, frequentemente na forma de memoriais em razão da complexidade das causas envolvendo organizações criminosas. Trata-se do momento processual em que se condensam todas as acusações: é a oportunidade de manifestação das partes após o encerramento da instrução, com a juntada de todos os documentos e oitiva de todas as testemunhas capazes de influir no processo. Nesse esteio, nos memoriais haverá condensação e entrelaçamento do conjunto probatório, razão pela qual o corréu delator irá empenhar-se ao máximo não apenas em corroborar com os memoriais ofertados pelo Ministério Público, como também contribuir com novos argumentos para a prevalência da versão acusatória. Nota-se, com isso, ser essencial o oferecimento dos memoriais do corréu delatado após o delator.

Por esses argumentos aventados, aliás, foi acrescido, com a aprovação da Lei n.º 13.964/19, o artigo 4º, § 10-A, de teor inequívoco: “Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou.”

Nesse contexto, verifica-se que, no tocante à colaboração premiada, a Lei n.º 13.964/19 buscou, em certa medida, corrigir e conter as nocividades do modelo transplantado ao Brasil, o qual apresentava tendência expansionista em detrimento do devido processo legal, de observância obrigatória no sistema acusatório, sobretudo no modelo romano-germânico.

Por essa razão, há de se reconhecer o acerto da opinião predominante em sede do Habeas Corpus n.º 166.373 (BRASIL, 2019), ao reconhecer o direito do réu delator se manifestar posteriormente ao delatado, sobretudo em sede de alegações finais.

O principal argumento para afastar os argumentos favoráveis à tese defensiva, suscitado por todos os Ministros contrários à concessão do habeas corpus, reforçava a ausência de previsão expressa na Lei n.º 12.850/13 ou em qualquer outro diploma normativo. Convém ressaltar, contudo, que o positivismo há muito encontra-se superado no ordenamento pátrio, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, a observância ao devido processo legal, sobretudo em suas vertentes do contraditório e ampla defesa, não pode estar restrita a simples previsões legais, sob pena de converter o processo em meros procedimentos formais desprovidos de finalidade ulterior. Fruto de inovação legislativa relativamente recente, há de se reconhecer que o instituto da colaboração premiada não encontra plena tutela procedimental expressa, devendo haver esforço hermenêutico para sua devida composição. O que se nota no caso em questão, em verdade, é verdadeira lacuna normativa, a qual deve ser preenchida à luz das garantias constitucionais do acusado.

Ademais, pouco importa que o depoimento do corréu delator, por si só, não possa embasar a condenação, conforme pretendem fazer crer os Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin.¹⁰⁸ Afinal, não se cuida de se defender apenas dos relatos ofertados pelo colaborador em audiência, mas em verdade, de refutar todos os argumentos de fato e direito por ele aventados à luz do conjunto probatório. Ora, muito embora a efetividade do acordo, de fato, não esteja necessariamente condicionada ao provimento da ação penal com relação ao corréu delatado – conforme suscitou o Ministro Edson Fachin –, *a contrario sensu*, a condenação deste importará no reconhecimento de que o delator contribuiu com o desfecho, fazendo jus a seu benefício pactuado. Com efeito, de rara verificação prática a hipótese de improcedência da ação penal com relação ao delatado em que o

¹⁰⁸ Os Ministros Marco Aurélio, Fachin e Fux também questionaram a possibilidade de extensão do contraditório caso os réus se delatem mutuamente no curso do processo, ou mesmo, na hipótese de ausência de acordo de colaboração, mas na qual um corréu aponta o envolvimento do outro em práticas delitivas. Ocorre que, como ponderado na ocasião pela Ministra Rosa Weber, trata-se de situações não equiparáveis àquela ora analisada. De fato, existente delação mútua, em observância ao princípio da isonomia, o prazo para manifestação deverá ser concomitante, porquanto ambos os sujeitos ocupam o mesmo status processual: há interesse na condenação de ambos, por serem simultaneamente confessos. Por outro lado, na hipótese de ausência de acordo, mas se tratando de mera imputação ao corréu, não se faz presente o interesse na condenação do algoz, porquanto o acusado não obteria qualquer vantagem. Verifica-se, tão somente, uma das vertentes do direito de defesa/direito a não produzir provas contra si mesmo, o que não guarda correlação com os interesses de um corréu delator na condenação do delatado. Por essa razão, igualmente, o prazo para manifestação deverá ser concomitante.

acordo pactuado com o delator é efetivamente cumprido, sendo igualmente irreal a condenação do delatado sem o conseqüente reconhecimento da contribuição do delator. Logo, todos os esforços deste serão dirigidos à condenação, por ser o mecanismo mais seguro e eficaz para o sucesso de seu acordo.

Por fim, os Ministros Barroso e Marco Aurélio fizeram alusão aos avanços da Operação Lava Jato no combate à corrupção, reforçando os riscos a todas as condenações já efetuadas com a adoção de posicionamento favorável à nulidade. Ocorre que referido discurso apenas ressalta aquilo defendido nesta pesquisa, expondo-se que significativa parcela do Judiciário está disposta a flexibilizar – entenda-se violar – direitos fundamentais em detrimento da obtenção de resultados entendidos como necessários ao combate à corrupção. Abandonam-se os argumentos jurídicos – ou apenas se lhes confere roupagem de plausibilidade – para se privilegiarem os resultados almejados. O devido processo legal, com isso, torna-se obstáculo facilmente transponível pela vontade dos magistrados.

Reconhecido o direito de manifestação do delatado em momento posterior, merece censura a posição dominante da Corte no sentido de que haveria mera configuração de nulidade relativa na hipótese de inobservância desse procedimento.

Há evidente descompasso com a atual sistemática processual penal, conforme ora delineada, empregando-se o instituto da nulidade relativa, quando, na verdade, seria absoluta. Por se tratar da violação aos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mormente na seara penal, em que está em jogo a liberdade individual – bem mais caro ao ser humano, junto à própria vida e dignidade -, a não concessão de prazo sucessivo para manifestação do corréu delatado após o acusado delator consiste em nulidade absoluta.

Se não bastasse, o reconhecimento de nulidade relativa apresenta imprecisões lógicas, o que limitaria sua incidência. Por um lado, o reconhecimento de preclusão retroativa é uma contradição lógica. Afinal, não se pode exigir que o patrono efetue arguição oportuna de um argumento (apresentação das alegações finais pelo corréu delatado posteriormente ao delator) ainda não expressamente previsto no ordenamento, quer em sede legislativa, quer jurisprudencial. A efetiva aplicação da preclusão deve estar circunscrita a hipóteses claras e previamente determinadas, sob pena de não somente se privilegiarem as defesas de réus mais abastados – tecnicamente superiores, com maior elasticidade e criatividade argumentativa -, como também se multiplicarem nos processos subsequentes quaisquer argumentos que futuramente possam ser

apreciados pela Corte em sede de nulidades – sobrecarregando os processos de arguições preliminares para se resguardar eventual nulidade futura.

Em segundo lugar, a imprecisão do termo “prejuízo” exige a delimitação mais clara de hipóteses – ainda que meramente exemplificativa – de sua exemplificação. Com efeito, apesar de não se filiar à orientação do Ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual o prejuízo decorre da simples condenação do corréu delatado, a ausência de critérios claros importará na carência de uniformidade jurisprudencial.¹⁰⁹

Por fim, não subsistem as críticas tecidas sobre a posição minoritária, já manifestada pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Rosa Weber,¹¹⁰ no sentido de se estar diante de nulidade absoluta. Em sentido técnico, sua incidência pressupõe o reconhecimento de uma omissão legislativa inconstitucional, por ausência de previsão expressa de ordem de manifestação entre corréus delatores e delatados nos diplomas normativos pátrios. São tecidas ressalvas sob o argumento de consistir em verdadeira inovação de rito processual, ao qual não se poderia conferir aplicação retroativa. Ocorre que não se cuida de simples inovação legislativa, mas de verdadeira tutela à garantia do contraditório e da ampla defesa, valores constitucionais que independem de expressa previsão legal para sua eficácia. Assim, o reconhecimento de referida nulidade não deriva propriamente de uma lei infraconstitucional, mas das próprias garantias intrinsecamente ligadas ao devido processo legal previstas na Carta Maior.

Posto isso, haverá presunção *iuris tantum* de prejuízo à defesa do corréu delatado, incumbindo ao Ministério Público o ônus argumentativo de comprovar inexistência de prejuízo. A ausência de dano ao delatado restará demonstrada, sobretudo, caso tenha sido absolvido, se não houver inovação argumentativa nos memoriais do delator acerca de elementos de prova ou teses jurídicas, ou mesmo, quando haja simples reiteração de declarações pretéritas (remissões aos memoriais do Ministério Público e à resposta à acusação). Da mesma forma, caso a defesa do acusado delatado manifeste expressamente a inexistência de prejuízo (a título exemplificativo, se ofereceu memoriais posteriormente ao delatado no curso da fluência do prazo comum), também não subsistirão razões para seu reconhecimento.

¹⁰⁹ De fato, já no Plenário do Supremo Tribunal Federal, os Ministros Fachin, Carmen Lúcia e Barroso sustentaram a inexistência de prejuízo apenas porquanto o corréu delatado teria se manifestado posteriormente, desconsiderando o fato de que referida manifestação não se relacionava às alegações finais dos corréus delatores mas, em verdade, a documentos novos colacionados por corréu delatado. Dessa maneira, verifica-se retórica argumentativa a obstacularizar a efetiva verificação do prejuízo nos casos concretos, caso ausentes balizas claras.

¹¹⁰ Trata-se, ainda, da provável opinião a ser adotada pelo Ministro Gilmar Mendes à luz de seu voto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos sintéticos, eis a tese proposta:

- i) Em todos os procedimentos penais, é direito do acusado delatado apresentar as alegações finais após o corrêu que, nos termos da Lei nº 12.850/13, tenha celebrado acordo de colaboração premiada, devidamente homologado, sob pena de nulidade absoluta e, portanto, sendo passível de reconhecimento *ex officio*;
- ii) Para os processos já sentenciados e futuros, haverá presunção *iuris tantum* de prejuízo, incumbindo ao órgão acusador a demonstração de sua inexistência;
- iii) A demonstração de ausência de prejuízo decorrerá: a) da absolvição do acusado delatado; b) da inexistência de inovação argumentativa, fática ou jurídica, ou mesmo de qualquer nova concatenação do conjunto probatório pelo corrêu delator na ocasião das alegações finais, limitando-se a reiterar teses integralmente já suscitadas ou peças previamente apresentadas; c) da expressa manifestação pela defesa no sentido de que não houve prejuízo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 128, p. 65-89, fev. 2017.

ANDRADE SEGUNDO, Arnaldo Pereira de. A garantia da ampla defesa na colaboração premiada: requisitos mínimos. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 14, n. 79, p. 98-115, ago./set. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROS, Caio Sérgio Paz de. Delação e o devido processo penal, mediante ampla defesa, após o contraditório indisponível. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 106, p. 28-85, out./nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 166.373, relator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF. **DJe de 17 de outubro de 2019**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal n.º 5024266-70.2017.4.04.7000, Juiz Sérgio Moro. Curitiba, PR. **DJe de 06 de fevereiro de 2018**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba/acoes/processo-penal-64/sentenca/arquivo>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2019.

CHIAPETA, Ana Paula Pessoa Brandão; PAULA, José Geraldo Gonçalves de. A gestão da prova pelo juiz no sistema penal acusatório. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 19, n. 114, p. 64-78, fev./mar. 2019.

FERRAJOLI, Luigi; CARBONELL, Miguel. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. 406 p.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. O fundamento culturalista das dez medidas contra a corrupção: o caso do "ajuste" das nulidades. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 16, n. 65, p. 127-155., abr./jun. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 300 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 11-33, jan./abr. 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 251, p. 5-6, out. 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. **Revista brasileira de direito processual penal**, Belo Horizonte, v. 1, 9 p., 2015.

MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, p. 69-84, dez. 2014.

MADEIRA, Guilherme. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: **A prova do enfrentamento à macrocriminalidade**. Organização de Daniel de Resende SALGADO, Ronaldo Pinheiro de QUEIROZ. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MORAES, Vinicius Borges de. A Súmula 523 do STF e a deficiência de defesa: nulidade absoluta ou relativa?, 2006. **A Súmula 523 do STF e a deficiência de defesa: nulidade absoluta ou relativa?**. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=140824. Acesso em: 29 fev. 2020.

NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 119, p. 75-101, mar./abr. 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista brasileira de direito processual penal**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 131-166, 2017.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 288 p.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 300, p. 3-6, nov. 2017.

THE INSTITUTE OF NULLITIES IN PLEA AGREEMENTS CONCERNING THE ORDER OF MANIFESTATION OF THE INFORMANT AND THE INFORMED PERSON

ABSTRACT

In October 2019, the Supreme Court decided, by majority of votes, that the informant must manifest later and successively to the informed person, in compliance with the adversary system and the due process. The Supreme Court chose, however, to modulate the effects of this nullity decree regarding past proceedings that did not observe the referred procedure. In this context, based on the deductive and dialectical methods of research, one seeks to analyze the theory of nullities in criminal procedural law, in order to safeguard due criminal proceedings. It also analyzes the institute of plea agreement and the role played by the informer in the course of the procedural march. Finally, based on the conclusions obtained, one aims to analyze the (in) correctness of what was decided by the Supreme Court,

proposing, then, a compatible solution with the constitutional values protected by the nullity system.

Keywords: Plea agreement. Nullity. Accusatory system.