

efetiva-substantiva decorre de obrigação do Estado.

(iv) E, em sendo a decisão do STF a afirmação do devido processo legal substantivo, não se pode exigir que o réu prove o prejuízo para dele se beneficiar. Por quê? Porque este é ínsito ao não cumprimento do *substantive due process of law*.

(v) Em síntese: O prejuízo é presumido.

(vi) Se o STF restringir os efeitos da decisão, irá transigir com normas constitucionais. (vii) Em face de casos de violação, o tribunal não pode deixar de assegurar essas garantias, sob pena de usurpação do lugar que é dos constituintes. Em nenhum lugar do mundo, a começar pelos Estados Unidos, restringe-se o efeito retroativo de uma anulação em favor do réu; restringe, sim, apenas quando a anulação prejudica o réu. (viii) Trata-se do velho princípio da regra mais favorável, presente em todos os sistemas jurídicos democráticos, inclusive no Brasil.

Por último, há que registrar que a tese que pretende limitar os efeitos (por todos, cito o Ministro Roberto Barroso) funciona como uma palavra mágica tipo “abre-te Sésamo”: o réu, para se beneficiar da decisão do STF, tem de alegar e provar o prejuízo. O que é isto, na prática? Simples: Pura (ou impura) subjetividade. Dependerá, sempre, do Tribunal.

Contra isso, fica autorizada uma analogia ou uma alegoria com o futebol. O ludopedismo sempre ajuda a entender melhor as coisas:

(i) O réu ter de alegar ou provar o prejuízo é como bater pênalti com goleiro vendado e amarrado: se ele não disser que suas chances

são nulas, vale o gol, já que sua impossibilidade de ver e se mexer não demonstram por si só o prejuízo. (ii) Ou, por outra alegoria, o árbitro diz: se não reclamarem eu não marco impedimento, ainda que ele exista e desse impedimento saia um gol.

Resta saber como será o placar desse grande jogo que será a decisão acerca do alcance da nova jurisprudência (um novo precedente), tratando da redefinição significativa do artigo 403 do CPP.

O que importa é que os sentidos das palavras do texto constitucional não pertencem ao STF. Os sentidos da Constituição não são privados, não pertencem aos integrantes da Corte. Eles são públicos, construídos em linguagem pública.

Por isso, o STF não pode dar às palavras o sentido que quer. Isto vale para todos os dispositivos legais e constitucionais. Por isso é que, no conto de Lewis Carol (*Alice Através do Espelho*), a personagem Alice contesta Humpty Dumpty quando este lhe diz que pode haver, em vez de um aniversário, 364 desaniversários. Ela “esgrime a Constituição” (com o amparo da licença poética) e diz: “- Não pode ser assim”. E Humpty Dumpty responde: “Pode, sim. Porque eu dou às palavras o sentido que quero”.

E a comunidade jurídica deve responder também: não, não pode ser assim!

Nota

- (1) Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. *O literalista e o voluntarista diante dos cães na plataforma*. In: *Revista Consultor Jurídico*, 7 out. 2019.

A última palavra é da defesa: o direito do acusado-delatado a se manifestar após as alegações finais do delator

Maria Elizabeth Queijo

Resumo: a partir de recentes julgamentos da Suprema Corte brasileira, duas questões são enfrentadas no presente artigo, consistentes no exame da efetiva existência de direito do acusado-delatado de manifestar-se por derradeiro em alegações finais; e partindo-se do reconhecimento desse direito, acerca da natureza da nulidade decorrente do seu desatendimento.

Palavras-chave: Direito à ampla defesa. Direito ao contraditório. Alegações finais. Acusado delator. Acusado delatado. Prazo sucessivo. Nulidade. Prejuízo.

De forma inédita, o Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª Turma, decidiu, por maioria, em 27 de agosto último, ao julgar o Agravo Regimental no HC 157627, anular sentença condenatória proferida em face de acusado-delatado, ao qual não fora assegurado pelo juízo de primeiro grau o direito de apresentar alegações finais após o oferecimento da aludida peça processual pelo delator, apesar do requerimento da defesa nesse sentido.⁽¹⁾ Dada a importância do tema e a fim de preservar a segurança jurídica e a estabilidade jurisprudencial da Corte, o Min. Edson Fachin, Relator, submeteu a questão ao Plenário, na forma regimental, para apreciação do HC 166373. Nesse julgamento, decidiu o Tribunal, por maioria, pelo

Abstract: from recent judgments of the Brazilian Supreme Court, two issues are addressed in this article, consistent with the examination of the effective existence of the denounced defendant's right to speak out in final allegations; and starting from the recognition of this right, about the nature of nullity arising from its inattention.

Keywords: Right to full defense. Right to the adversary system. Final allegations. Whistleblower defendant. Denounced defendant. Successive term. Nullity. Prejudice.

reconhecimento do direito do acusado-delatado de manifestar-se por último, após as alegações finais do Ministério Público e do acusado-delator. Ficou pendente, entretanto, o exame de duas teses a serem decididas pelo Pleno, assim sintetizadas: “1) *Em todos os procedimentos penais é direito do acusado delatado apresentar as alegações finais após o acusado delator que, nos termos da Lei nº 12850, de 2013, tenha celebrado acordo de colaboração premiada devidamente homologado, sob pena de nulidade processual, desde que arguido até a fase do artigo 403 do CPP ou o equivalente a legislação especial, e reiterado nas fases recursais subsequentes*” e “2) *Para os processos já sentenciados, é necessária a demonstração*

do prejuízo, que deverá ser aferida no caso concreto pelas instâncias competentes”.

Desses paradigmáticos julgamentos emergem, de plano, duas questões que merecem análise: a primeira diz respeito à efetiva existência de direito do acusado-delator de manifestar-se por derradeiro em alegações finais; e, partindo-se do reconhecimento desse direito, tal qual a Suprema Corte decidiu, a segunda questão refere-se à natureza da nulidade decorrente do desatendimento desse direito.

Quanto à primeira questão, extraem-se, de ambos os julgados antes referidos, que parte dos Ministros integrantes da Corte entendeu inexistir tal direito e o fez com apoio nos seguintes fundamentos, em essência: *i)* o processo penal é regido pelo princípio da legalidade e, inexistindo previsão legal, inclusive na Lei nº 12850/2013, para a apresentação de alegações finais por acusados delatores e delatados em diferentes momentos, não se pode reconhecer tal direito; *ii)* a ordem de apresentação de alegações finais fixada na lei destina-se a estabelecer mínimo de equilíbrio de forças; contudo, essa lógica não se transfere automaticamente à colaboração processual; *iii)* a colaboração premiada é uma das estratégias de defesa e a opção por esse instituto não autoriza o juiz a fazer distinção entre acusados colaboradores e não colaboradores; *iv)* a questão não versa sobre o antagonismo entre acusação e defesa, mas entre “defesa” e “defesa” (do delator e do delatado); *v)* afastamento de violação ao contraditório e à ampla defesa na medida em que das alegações finais não emergem novos elementos de prova, estando o acervo probatório àquela altura já consolidado nos autos e conhecido por todos os atores do processo; desse modo, inexistiria prejuízo com a apresentação simultânea de alegações finais por todos os acusados (delatores ou não).

Já os Ministros que votaram pelo reconhecimento do direito do acusado-delator ofertar alegações finais após o delator destacaram os seguintes fundamentos: *i)* não há previsão legislativa para a apresentação sucessiva de alegações finais pelo delator e pelo delatado, mas nada impede o reconhecimento dessa ordem; *ii)* a lacuna legislativa existente deve ser integrada pelo princípio da ampla defesa (analogia *juris*); *iii)* delatores e delatados não estão na mesma condição processual e por isso não podem ser tratados de forma igual; sua relação é de antagonismo; *iv)* é inegável que as alegações finais do delator contêm carga acusatória, de modo especial porque o delator firmou acordo com o acusador, obrigando-se a trazer elementos de prova para a acusação, sem os quais não faz jus aos benefícios estipulados, ou seja, o interesse do delator é pela condenação dos delatados, confluindo com o interesse da acusação; *v)* a defesa tem o direito de falar sempre por último e de rebater todas as alegações com carga acusatória, ainda que não haja inovação probatória nas alegações finais; assim afastar esse direito equivale à supressão do direito de defesa; *vi)* o direito ao contraditório e à ampla defesa permeiam todo o processo penal, inclusive no momento de oferecimento das alegações finais; *vii)* a colaboração premiada é meio de obtenção de prova e, assim sendo, a fixação de prazo comum às defesas dos acusados delatores e delatados para ofertar alegações finais traz prejuízo aos últimos.

Passa-se à análise desses fundamentos, em busca da resposta à primeira questão. Não há dúvida de que o princípio da legalidade vigora também no processo penal. Não se pode ignorar que sua essência é a proteção do cidadão frente ao poder estatal, estabelecendo claros limites, no campo penal, ao poder punitivo. No âmbito dos Direitos Humanos, o princípio da legalidade insere-

se entre os direitos de primeira geração, também chamados de “direitos da liberdade”,⁽²⁾ que limitam o poder estatal e asseguram a liberdade do indivíduo diante do Estado. Bem por isso considera-se que são “direitos de resistência ou de oposição ao Estado”.⁽³⁾ Assim, o princípio da legalidade não constitui óbice para o reconhecimento do direito do acusado-delator de oferecer suas alegações finais após o delator, mesmo sem lei expressa que o preveja, porque se assim fosse, haveria total subversão do escopo, sentido e alcance desse princípio-garantia. Estar-se-ia invocando garantia do cidadão frente ao poder punitivo estatal para desprotegê-lo. Por isso, a falta de previsão normativa quanto ao prazo sucessivo para oferecimento de alegações finais pelo acusado-delator e pelo acusado-delator não só não impede o reconhecimento desse direito mas, ao contrário, impulsiona o intérprete a buscar a superação da lacuna legislativa na própria Constituição Federal, entre os princípios norteadores do processo penal, reconhecido que o Brasil organizou-se como Estado Democrático de Direito, assentado sobretudo no valor da dignidade humana.⁽⁴⁾ Exatamente nessa linha de raciocínio foi proferido o voto do E. Ministro Celso de Mello, que buscou no princípio da ampla defesa, tutelado no texto constitucional (art. 5º, LV), a integração do ordenamento no tema. Trata-se, no caso, da analogia *juris*, recordando-se sempre que o princípio da legalidade somente veda, no âmbito penal e processual penal, a analogia *in malam partem*.

Nessa ordem de ideias, não se pode desconsiderar a peculiar condição processual e situação jurídica do acusado-delator. Ele não pode ser – e não é – equiparado ao acusado-delator no tratamento legal. A diferença de posições processuais é patente: o acusado-delator firma acordo de colaboração processual, assumindo deveres processuais, entre os quais o de fornecer provas e subsídios à acusação, havendo metas estabelecidas na Lei 12850/2013 para que ele faça jus a benefícios legais (incisos I a V do art. 4º). Por isso, o antagonismo de posições entre o acusado-delator e o delator é claro. Aliás, cuida-se de antagonismo de tal ordem e peculiaridade que não se apresenta idêntico nem mesmo na contraposição entre o Ministério Público e o acusado. Isso porque poderá o órgão ministerial, ao final da instrução processual, requerer a absolvição do acusado, mas o acusado-delator, bem diversamente, não poderá abrir mão de sustentar sua posição, que converge para a acusação, sob pena de não alcançar os benefícios acordados e de colocar a perder o próprio acordo firmado. Por isso, a lógica que verte do art. 403 do CPP, segundo a qual a ordem de apresentação de alegações finais principia pela acusação (representada pelo Ministério Público e pela assistência da acusação) e termina pelo acusado, aplica-se integralmente nos casos em que haja acusado-colaborador. Ou seja, considerando sua peculiar posição processual, alinhada à acusação por força de acordo homologado judicialmente, deve ele apresentar suas alegações finais imediatamente após o Ministério Público e a assistência de acusação (caso habilitada). E, por último, cabe ao acusado-não colaborador fazê-lo. Em suma, a *mens legis* do art. 403 mencionado, no tocante à ordem de apresentação de alegações finais, que respeita o direito ao contraditório, à paridade de armas e à ampla defesa, se aplica integralmente às hipóteses em que haja acusado-delator.

É sabido que o direito à ampla defesa compreende o direito à informação,⁽⁵⁾ que abrange o prévio conhecimento de todos os elementos probatórios constantes dos autos e também das manifestações e requerimentos lançados pela acusação. Para além, a efetividade do direito à ampla defesa pressupõe a contraditoriedade em todos os atos do procedimento,⁽⁶⁾ o que inclui o direito de opor-

se a todas as manifestações da acusação, seja ela integrada pelo Ministério Público, pela assistência de acusação ou mesmo pelo acusado-delator. Desse modo, o fato de estar consolidado o acervo probatório quando da apresentação de alegações finais pelas partes, não inibe, de forma alguma, o direito do acusado-delator de ofertar suas alegações finais após o delator. O não reconhecimento desse direito implica desrespeito ao contraditório e, em última instância, a negação do próprio direito de defender-se.⁽⁷⁾

Além disso, o não reconhecimento do direito do acusado-delator à última palavra nas alegações finais atinge, de igual modo, a paridade de armas, que integra o devido processo legal. A acusação, sob essa ótica, fica em franca vantagem, em detrimento do acusado-delator, que resta privado de contrapor teses e argumentos da acusação que não integraram o memorial do Ministério Público e do assistente da acusação.

Em suma: em decorrência do delineamento constitucional brasileiro, de viés democrático, que se assenta sobre o valor da dignidade humana e está integrado pelos princípios do devido processo legal (que pressupõe a *par conditio*), do contraditório e da ampla defesa, o acusado-delator tem o direito de apresentar suas alegações finais após o Ministério Público, o assistente da acusação e o acusado-delator, superando-se a lacuna legislativa existente por meio de analogia *juris*, invocando-se como norma integradora o princípio da ampla defesa.

Resta examinar ainda a segunda questão, atinente à natureza da nulidade decorrente do desatendimento desse direito: trata-se de nulidade absoluta ou relativa?

Reconhecido, pela Suprema Corte, o direito de o acusado-delator manifestar-se por último em alegações finais, tornou-se forçoso examinar qual a sanção processual aplicável, já que de mera irregularidade não se trata. Nesse contexto, nos debates travados no julgamento do HC 166373, houve manifestações no sentido de que se cuidaria de nulidade relativa, tornando indispensável para o seu reconhecimento a demonstração do prejuízo e, ademais, estabelecendo a condicionante de que a defesa do acusado-delator tivesse pleiteado o reconhecimento desse direito desde o primeiro grau de jurisdição e nas sucessivas instâncias.

Para o deslinde da questão, mostra-se relevante realçar que a norma desobedecida no caso é constitucional, consistindo no princípio da ampla defesa (norma integradora da lacuna apontada). E, em se tratando de norma de garantia, conforme o magistério da saudosa professora **Ada Pellegrini Grinover** e dos ilustres professores **Antonio Magalhães Gomes Filho** e **Antonio Scarance Fernandes**, na consagrada obra *As nulidades no processo penal*,⁽⁸⁾ a nulidade decorrente de sua inobservância será sempre absoluta, não havendo espaço para a mera irregularidade ou para a nulidade relativa. Via de consequência, deverá ela ser decretada de ofício, independentemente de requerimento ou de provocação da parte. Segundo os precisos ensinamentos dos mencionados professores, tal conclusão decorre do fato de que “as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal”. São, pois, integrantes do processo justo e democrático.

Todavia, essa constatação não afasta a necessidade de verificação do prejuízo no caso concreto. Mesmo para o reconhecimento de nulidades absolutas, não se dispensa a existência de prejuízo que, nelas, entretanto, costuma ser evidente, tornando a demonstração a respeito desnecessária.⁽⁹⁾ No tema analisado, o comprometimento da ampla defesa e do

contraditório, que asseguram a participação da parte na formação do convencimento do juiz, conduz à evidência do prejuízo, manifestado, no mais das vezes, em sentença condenatória do acusado-delator. E essa conclusão não resta abalada nem mesmo quando o juiz não decline, de forma expressa, na fundamentação do decreto condenatório, elementos, argumentos ou teses que foram invocados nas alegações finais do acusado-delator. O mero acesso e conhecimento do julgador acerca do conteúdo das alegações do delator, não confrontadas pelo delator, que sobre elas não pode exercer o necessário contraditório, influencia a formação do convencimento do juiz, ainda que não manifestado na fundamentação da sentença.

Por fim, foi bastante oportuna a observação do Min. Alexandre de Moraes, em seu voto, ao frisar que não há nenhuma relação entre impunidade e respeito aos princípios constitucionais. Cabe ao juiz, no processo penal, o dever de zelar pela observância dos princípios constitucionais, notadamente quanto às garantias do devido processo legal, estimulando o contraditório e assegurando a ampla defesa, em reforço à paridade de armas e à sua imparcialidade. Mesmo em situações nas quais não há colaboração processual, para resguardar o exercício do direito à ampla defesa, não raro os juízes estabelecem prazo sucessivo para o oferecimento de alegações finais, quando a causa é demasiadamente complexa. Essa postura, tuteladora dos direitos fundamentais no processo, é que se espera do julgador durante todo o seu curso, de modo especial no que tange ao direito do acusado-delator de se manifestar por derradeiro, independentemente de requerimento. Assim agindo, atendido estará o interesse público na construção de um processo penal justo e democrático.

Notas

- (1) O Min. Relator Edson Fachin havia negado seguimento ao HC impetrado, sendo interposto pela defesa Agravo Regimental, ao qual S. Exa. também negou provimento. Votaram pelo provimento do Agravo e concessão da ordem os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Carmen Lúcia.
- (2) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 517.
- (3) BONAVIDES, op. cit., p. 517.
- (4) A esse respeito, lapidar a lição de Flávia Piovesan, na obra *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, na qual realça que é da “reaproximação da ética e do direito” que surge a “força normativa dos princípios” (10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 29).
- (5) TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 174-179.
- (6) TUCCI, op. cit., p. 176. O saudoso autor sustenta que deve ser “‘efetiva, real’, em todo o desenrolar da persecução penal”, assegurando-se devidamente a liberdade jurídica do indivíduo “enredado na ‘persecutio criminis’” (p. 181).
- (7) A saudosa professora Ada Pellegrini Grinover e os professores Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, na obra *As nulidades no processo penal*, prelecionam, com acerto, que “Defesa e contraditório são indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao da ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório” (12. ed., São Paulo: RT, 2011, p. 71).
- (8) GRINOVER et al., op. cit., p. 24-25.
- (9) Idem, ibidem, p. 27.

Maria Elizabeth Queijo

Doutora e mestra em Processo Penal pela USP. Advogada.

ORCID: 0000-0002-7219-7020

beth@eqz.adv.br

Recebido em: 16.11.2019

Aprovado em: 17.11.2019

Versão final: 21.11.2019