

Contraditório e ampla defesa no âmbito do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 157.627/PR



Luciana Sumire Nakamura

Graduanda do Curso de Direito da Universidade de Mogi das Cruzes. Ex-estagiária do Tribunal Regional Federal 3ª Região. Ex-estagiária na Justiça Especial Federal de Mogi das Cruzes. Atualmente, estagiária da Procuradoria Jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa de São Paulo.



Elival da Silva Ramos

Mestre, Doutor e Livre-Docente pela USP. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Área de Direito Constitucional. Procurador do Estado aposentado. Ex-Procurador Geral do Estado de SP e Procurador Chefe da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP.

RESUMO: O AgR HC 157.627/PR resolveu uma importante celeuma processual no instituto da colaboração premiada. Em sede de alegações finais, o Supremo Tribunal Federal anulou a sentença de condenação do ex-presidente da Petrobras Aldemir Bendine pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. No respectivo julgamento, a Segunda Turma decidiu, por maioria, que os memoriais devem ser apresentados em prazos subsequentes, manifestando-se, primeiramente, os réus colaboradores e, ao final, os réus não colaboradores, sob o fundamento nos princípios da ampla defesa, contraditório e o devido processo legal. Em consequência da mudança de interpretação da lei, este artigo abordará os pressupostos indicativos concernentes à necessidade de elaboração de uma tese jurídica para ampliar este benefício a todos aqueles que se encontram na mesma situação, com a devida modulação dos efeitos da decisão.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada. Ampla defesa. Contraditório. Devido processo legal. Alegações finais.

ABSTRACT: AgR HC 157.627/PR resolved an important procedural stir at The Institute of the Awarded Collaboration in the context of final allegations, the STF annulled the condemnation sentence of former president Petrobras Aldemir Bendine for the crimes of passive corruption and money laundering. Because this must take place in subsequent deadlines, first manifesting the collaborating defendants and lastly the non collaborating defendants based on the principles of broad defense, contradictory and due legal process. As a consequence of the change in the interpretation of the law, it was concluded that it is a measure that's necessary to elaborate a legal thesis to extend this benefit to all those who are in the same situation, beyond modulation of this effect.

KEYWORDS: Awarded collaboration. Broad defense. Contradictory. Due legal process. Final claims.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Delação x colaboração premiada. 3 Do meio de prova. 4 Da falta de regulamentação. 5 Do constrangimento ilegal. 6 Da necessidade de formação de uma tese jurídica. 7 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

O conceito de colaboração premiada difundiu-se profundamente no Brasil nos últimos tempos, graças à denominada “Operação Lava Jato”. De acordo com BOLDRINI¹, o Instituto Ipsos constatou, em pesquisa divulgada em dezembro de 2016, que a operação foi defendida por cerca de 96% dos brasileiros, os quais afirmaram que se deve “investigar até o fim, custe o que custar” todos os crimes, demonstrando o amplo apoio popular.

Segundo o Ministério Público Federal (MPF)², o início da “Operação Lava Jato”

ocorreu em 2009, com a investigação de crimes de lavagem de recursos relacionados ao ex-Deputado Federal José Janene, em Londrina, no Paraná. Além do ex-Deputado, estavam envolvidos nos crimes os doleiros Carlos Habib Chater e Alberto Youssef. Este último havia sido investigado e processado por crimes contra o sistema financeiro nacional e lavagem de dinheiro no caso Banestado. Posteriormente, a investigação teve outros desdobramentos, ao se deparar com diversos esquemas de corrupção, inclusive no âmbito da empresa estatal Petrobras os quais, desde 2014, tiveram ampla divulgação nos meios de comunicação, inclusive no que tange aos respectivos acordos de colaboração premiada.

Para PEREIRA³, a colaboração premia-

1 BOLDRINI, Angela. Para 96%, Lava Jato deve continuar “custe o que custar”, mostra pesquisa. *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo, 02 dez. 2016. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1837831-para-96-lava-jato-deve-continuar-custe-o-que-custar-mostra-pesquisa.shtml. Acesso em: 16 nov. 2019.

2 BRASIL. MPF. *Origem da Operação Lava Jato*. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-](http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba)

[-jato/entenda-o-caso/curitiba](http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba). Acesso em: 07 abr. 2020.

3 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada, legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 45.

da, entendida como recurso à cooperação de coautor após a prática do crime, e inserida no processo penal como elemento de meio de prova, tem origem nos ordenamentos jurídicos de modelo anglo-americano. Nesses países, a colaboração do réu com a administração da justiça é comum no sistema penal, constituindo uma instituição típica do sistema da *common law*, em troca de concessão de benefícios ao colaborador.

Ao ser implantada no Brasil, em sede de julgamento em Tribunais Superiores, iniciou-se a seguinte controvérsia: afinal, as alegações da defesa e acusação poderiam ser simultâneas ou em prazos subsequentes, manifestando-se primeiramente os réus colaboradores e só ao final os réus não colaboradores?

A lacuna legal deixou o procedimento sob a discricionariedade interpretativa dos magistrados que, em sua maioria, firmaram seu entendimento por jurisprudência, no qual determinavam a abertura de prazo simultâneo para ambas as defesas.

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito do AgR HC 157.627/PR⁴, vem solver essa antiga celeuma processual e constitucional, estando respaldada nos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Segundo PRADO⁵, o surgimento dessa decisão contrária do STF, seguindo a tendência anulatória, ainda que concernente ao caso concreto suscitado, deverá ser objeto de *modulação de seus efeitos* para os processos vindouros, com tendência à retroatividade, especialmente nos casos da “Operação Lava Jato”, podendo ocasionar o aumento conside-

rável da impunidade de muitos réus, em face da incidência de prescrição. A sua aplicação ainda gera discussões, pois o entendimento firmado vai de encontro a diversos argumentos fundados.

Entretanto, o fato de a lei ordinária ser omissa não impede que o procedimento seja corrigido com base no cumprimento de princípios constitucionais, o que deve ser analisado em face da repentina percepção de uma inconstitucionalidade que macula os processos, a qual passa a ser objeto desse estudo.

No julgado recente do AgR HC 157.627/PR⁶, a maioria dos ministros da Segunda Turma do STF votou pela anulação da sentença de condenação do ex-presidente da Petrobras Aldemir Bendine pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, sob a argumentação de que a sentença foi proferida após a concessão de prazo comum a réus colaboradores e delatados. O acórdão firmado teve como fundamento o reconhecimento do constrangimento ilegal e de ofensa ao direito ao contraditório e à ampla defesa, que devem permear todo o processo penal. Chegou-se ao entendimento de que a apresentação das alegações finais dos corréus no processo deve ocorrer em prazos sucessivos, manifestando-se, primeiramente, os réus colaboradores e, ao final, os réus não colaboradores.

Nesse caso, o Ministro Gilmar Mendes⁷, em seu voto vencedor, afirmou que o acusado delator adere à acusação, incriminando os demais membros da organização, em prol do recebimento das sanções premiais pactuadas. Justamente por isso, dever-se-ia assegurar o efetivo contraditório ao delatado por meio de sua manifestação em momento posterior à manifestação do réu colaborador.

4 BRASIL. STF. Segunda Turma, AgR HC 157.627/PR, Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019, DJe 17/03/2020.

5 PRADO, Luiz Regis. Associação criminosa – crime organizado – lei 12840-2013. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, dez. 2013, p. 248-249.

6 BRASIL. STF. Segunda Turma, AgR HC 157.627/PR, Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019, DJe 17/03/2020.

7 *Ibidem*, p. 59.



Fonte: www.stf.jus.br

O ministro Ricardo Lewandowski⁸ divergiu do relator, e também entendeu configurado o constrangimento ilegal. De acordo com sua percepção a colaboração premiada é meio de obtenção de prova. Assim, a fixação de prazo simultâneo gera prejuízo à defesa, especialmente porque, no caso, a sentença condenatória foi desfavorável ao acusado, constatando-se a ausência do contraditório e da ampla defesa, que devem permear todo o processo penal.

A ministra Cármen Lúcia⁹, que acompanhou a corrente vencedora, acrescentou que delatores e delatados não estão na mesma condição processual. Assim, não devem receber o mesmo tratamento. Ademais, salientou

que não existe norma específica tratando do fato, portanto, não há nenhum impedimento ao juiz para conceder prazos sucessivos, atendendo ao pedido da defesa.

2 Delação x colaboração premiada

A doutrina de LAUAND¹⁰ classifica a colaboração processual como gênero, sendo que, em sentido estrito a colaboração premiada deve ser entendida como qualquer forma de cooperação que resulte em benefício de natureza processual. Em espécie demais formas de cooperação do imputado são as seguintes: confissão, chamamento de corréu e delação premiada, sendo tal denominação fruto de construção doutrinária e jurisprudencial.

LEITE¹¹ cita, como exemplo de colaboração premiada, que não é delação premiada, a título ilustrativo, a situação em que o acusado confessa a prática do crime, relata informações essenciais para as autoridades recuperarem o produto do crime, porém não delata nenhum comparsa que auxiliou na execução do ato.

Por outro lado, acrescenta¹² que o legislador brasileiro conferiu à delação premiada um espectro maior e superior em face da colaboração premiada, porque além de colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, deverá fornecer a identificação dos demais coautores e participantes do crime.

Afirma NUCCI¹³ que a delação é um

10 LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 49.

11 LEITE, Gisele. *Considerações sobre a colaboração premiada no processo penal brasileiro*. Disponível em: <https://www.editorarumolegal.com.br/consideracoes-sobre-a-colaboracao-premiada-no-processo-penal-brasileiro-gisele-leite>. Acesso em: 02 abr. 2020.

12 *Ibidem*.

13 NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito processual penal - esquemas & sistemas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense,

8 *Ibidem*, p. 46.

9 *Ibidem*, p. 69.

particular modo de autoincriminação, visto que, o réu admite a prática do delito, mas também o imputa a terceiro, membros da equipe, quadrilha ou bando, normalmente comparsa na prática de fato típico. Atualmente, existem vários formatos de delação premiada.

Segundo PENTEADO¹⁴, trata-se de um instituto legalizado de combate à criminalidade organizada, utilizado como meio de prova, porém devem ser observadas as garantias constitucionais do indivíduo na busca da colaboração do sujeito ativo de um delito (autor, coautor ou partícipe) para auxiliar a desvendar o crime ou atenuar as suas consequências. Em troca, o colaborador poderá ser judicialmente beneficiado com o sobrestamento do inquérito policial, a extinção da punibilidade (perdão judicial) ou a redução da pena aplicável.

Desse modo, de acordo com BERTONI¹⁵ conferem-se

[...] determinados benefícios a quem tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

Conforme preceitua PENTEADO¹⁶, a “acusação proveniente de uma pessoa que praticou um crime e revela os demais sujeitos ativos dessa mesma infração penal

ou evidencia o local em que se encontram bens, direitos ou valores objetos da infração penal”, rende a ela prêmio, por exemplo: redução de pena, perdão judicial ou cumprimento de pena em regime penitenciário mais brando.

Ademais, para ESSADO¹⁷, afigura-se imprescindível, para se falar tecnicamente em delação premiada, a necessidade de o imputado ter, de qualquer forma, conexão com o que se delata, sob pena de ser considerado apenas e tão somente uma testemunha.

Noutro aspecto, FRANCO¹⁸ sustenta que a delação premiada é um negócio jurídico e que depende de homologação judicial, mesmo que a norma não deixe claro. Pois, caso contrário, infringiria o disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Feita essa ressalva, também é inquestionável, que, concluída mediante acordo com o Ministério Público, é requisito para que não haja nulidade, a exigência de espontaneidade da colaboração; não basta que seja voluntária: é mister que seja espontânea, isto é, a vontade deve ser manifestada sem interferência de fatores externos.

Destarte, conclui-se que a delação é uma forma de exercer a colaboração premiada.

3 Do meio de prova

Conforme ESSADO¹⁹, a delação é considerada como um meio de obtenção de prova, contribuindo para a atividade jurisdicional na persecução penal. É possível que do ato de delação não advenha qualquer resultado

2015, v. 3, p. 90.

14 PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 848, p. 711-736, jun. 2006, p. 726.

15 BERTONI, Felipe Faoro. Entenda a diferença entre delação premiada e colaboração premiada. *Canal Ciências Criminais*, 24 fev. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/diferenca-delacao-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 05 maio 2020.

16 PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 636.

17 ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 101, mar./abr. 2013, p. 207.

18 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 350.

19 ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 101, mar./abr. 2013, p. 207.

processual, o que ainda assim faz perdurar a sua natureza.

Ainda segundo o autor mencionado alhures²⁰, a proposta pode ser feita pela própria defesa técnica, com a prévia anuência do imputado e subsequente manifestação do Ministério Público para que o negócio jurídico se concretize. Caso o Ministério Público não esteja presente no ato de delação na fase do inquérito policial, deve convalidá-lo, pois a parte com atribuição funcional para requerer diminuição de pena ou outro benefício não participou da fase inicial.

Vale destacar ainda que o artigo 185, § 5º, do Código de Processo Penal prevê que é imprescindível a presença do defensor como condição de validade do ato de interrogatório, garantido o direito de entrevista prévia e reservada. E, consoante o artigo 196 do Código de Processo Penal, novo interrogatório pode ser produzido a qualquer momento, de ofício ou por pedido fundamentado da defesa ou do Ministério Público.

É de se registrar que, para LAUAND²¹, a colaboração processual pode ocorrer no momento central do processo com a atividade probatória, ou até mesmo após a sentença, e mesmo com o advento do trânsito em julgado, na medida em que o colaborador possa usufruir dos benefícios na fase de execução.

Para nortear a fase decisória, o artigo 155 do Código de Processo Penal preconiza que:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

²⁰ *Ibidem*, p. 210.

²¹ LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 49.

FERNANDES *et al*²², preceitua que a delação é um meio eficiente na atividade de persecução penal, com o fim de reprimir, sobretudo, a criminalidade organizada. Contudo, a etapa probatória da valoração, como última fase para a aferição da idoneidade probatória, implica na análise de sua eficácia para se concluir pela atribuição do prêmio almejado.

Outro ponto importante está disposto no artigo 4º, § 16, da Lei nº 12.850/2013²³, com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019:

Art. 4º. [...]

§ 16º. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador:

- I - medidas cautelares reais ou pessoais;
- II - recebimento de denúncia ou queixa-crime;
- III - sentença condenatória

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, conforme HC nº 75.226/MS²⁴ (1997), relatado pelo Ministro Marco Aurélio, assentou o entendimento de que “a delação, de forma isolada, não respalda condenação”. Ademais, no HC nº 90.708/BA²⁵ (2007), o

²² FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 18.

²³ BRASIL. *Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁴ BRASIL. STF. Segunda Turma, HC 75.226/MS, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/08/1997, DJ 19/09/1997.

²⁵ BRASIL. STF. Primeira Turma, HC 90.708/BA, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 20/03/2007, DJe 13/04/2007.

Relator Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que “a chamada de *corrêus*, retratada ou não em juízo, não pode servir como fundamento exclusivo da condenação”, mas tão somente “como elemento ancilar da decisão”.

Cabendo, ainda, destacar outro julgado da Suprema Corte²⁶:

[...] Segundo a nossa consolidada jurisprudência, admite-se a invocação da delação, desde que ela não constitua o fundamento exclusivo da condenação (*Habeas Corpus* nº 75.226, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19.9.1997; e 71.813, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.2.1995; e o Recurso Extraordinário n. 213.937, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25.6.1999).

Assim, conforme jurisprudência consolidada, o Estado vislumbrou no instituto da delação premiada uma técnica de condução das investigações, visto que, reiteradas vezes, demonstrou sua eficácia no desmantelamento de crimes organizados. Portanto, todas as declarações deverão ser confrontadas com outras provas para que juntas formem o convencimento do órgão julgador.

4 Da falta de regulamentação

Denota-se que o direito premial encontra previsão em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, fato que para SALOMI²⁷ estimula a adesão ao instituto da colaboração premiada. São exemplos desses tratados, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto nº 5.015/2014, e a Convenção das

Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006.

No âmbito da legalidade, o instituto da delação premiada foi recepcionado pela primeira vez no direito penal brasileiro na Lei dos Crimes Hediondos de nº 8.072/1990, sendo o benefício expandido posteriormente para os crimes de extorsão mediante sequestro; e naqueles assemelhados aos hediondos praticados por quadrilha ou bando. A partir daí, a delação premiada passou a integrar outros diplomas legais. Nesse sentido, preleciona NUCCI²⁸:

[...] A Lei 8.072/90, que instituiu os crimes hediondos, houve por bem criar, no Brasil, a delação premiada, que significa a possibilidade de se reduzir a pena do criminoso que entregar o(s) comparsa(s) (art. 159, § 4º). É o “*dedurismo*” oficializado, que, apesar de moralmente criticável por alguns, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade. A pena pode ser reduzida de um a dois terços.

Segundo SARCEDO²⁹, a Lei de Proteção Especial a Vítimas e Testemunhas, de nº 9.807/1999, ampliou a possibilidade de utilização da delação premiada a qualquer crime previsto na legislação nacional, desde que preenchidos os seus requisitos genéricos de utilidade processual.

26 BRASIL. STF. Pleno, AP 465/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 24/04/2014, DJe 30/10/2014.

27 SALOMI, Máira Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 155.

28 NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal - parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 2, p. 427.

29 SARCEDO, Leandro. A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 14, n. 27, jan./jun. 2011, p. 194.

Por sua vez, o Pacote Anticrime consolidado na Lei nº 13.964/2019³⁰ incluiu o artigo 3º-A na Lei nº 12.850/2013, estabelecendo que:

Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que presuppõe utilidade e interesse públicos.

AZEVEDO³¹ define o negócio jurídico por sua estrutura, como uma categoria do fato jurídico abstrato, sendo uma manifestação de vontade com acertadas condições negociadas, produzindo efeitos na esfera jurídica. Por outro lado, um fato, como fato jurídico concreto, é um negócio baseado na declaração de vontade, com efeitos designados como desejados, desde que respaldados os requisitos de existência, validade e eficácia impostos.

Ainda preceitua a Lei nº 12.850/2013, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 13.964/2019³²:

Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé

a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

Sobre os termos da formalização da proposta, MARIGHETTO³³ salienta que:

[...] os acordos de colaboração premiada, quando não forem expressamente disciplinados pela lei ou por um regulamento, seguem as regras e os princípios estabelecidos em geral pelo ordenamento jurídico e no específico pela própria teoria dos contratos.

Dessarte, os termos são eminentemente de direito contratual, sendo a proposta o início da formação do vínculo contratual, pois quando expedida, vincula o proponente a todos os seus termos firmados entre as partes, salvo as hipóteses previstas no artigo 428 do Código Civil³⁴.

PRADO³⁵, ao tratar da temática, tece críticas ao atual enquadramento da “justiça negocial”, defendendo a observância do “método do discovery”, aplicado nos acordos dos Estados Unidos da América, semelhantes às delações. Neste método, o investigado ou réu tem direito a conhecer todas as provas e indícios que sustentam a acusação no momento da negociação.

30 BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoamento a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 07 abr. 2020.

31 AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4-16.

32 BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

33 MARIGHETTO, Andrea. *Aspectos patológicos dos acordos de colaboração premiada*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-05/andrea-marighetto-aspectos-patologicos-acordos-delacao>. Acesso em: 10 abr. 2020.

34 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

35 RODAS, Sérgio. Advocacia deve criar regras para atuação em delações premiadas, diz Geraldo Prado. *Consultor Jurídico*, 31 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-31/advocacia-criar-regras-atuacao-delacoes-professor>. Acesso em: 30 mar. 2020.

Entretanto, afirma SARCEDO³⁶, na justiça brasileira, atualmente, não cabe ao Ministério Público transigir sobre a ação penal, ou mesmo delimitar o seu pedido de condenação nos moldes em que com ele foi transacionado, pois depende de posterior homologação do Poder Judiciário. Dessa forma, o magistrado pode alterar o acordo, não aceitar e/ou desprezar a disposição de vontades existente entre as partes.



Fonte: www.institutofomula.com.br

Quanto ao caso em questão, para as alegações finais orais, o Código de Processo Penal³⁷ preconiza que, no caso de haver o assistente de acusação, deverá manifestar-se após o Ministério Público e antes da defesa. Assinala-se, outrossim, que a complexidade do caso poderá legitimar a apresentação de memoriais. Confira-se:

Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão

36 SARCEDO, Leandro. A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 14, n. 27, jan./jun. 2011, p. 195.

37 BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.

oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§ 1º. Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º. Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 3º. O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.

TUCCI³⁸ observa que a lei processual diferencia expressamente os momentos de manifestação do Ministério Público, do assistente de acusação, e da defesa. Todavia, não distingue o momento de participação entre várias defesas em razão de eventual adoção de postura colaborativa por parte de acusados.

Assim, diante desse desarranjo normativo, no qual determinadas situações jurídicas ainda carecem de regulamentação, para MELO & NUNES³⁹, a ausência de paridade entre as autoridades públicas e os colaboradores é uma questão que fragiliza a posição daquele que cometeu delitos e deseja colaborar com a justiça. Assim, acaba atrapalhando a atuação dos sujeitos negociadores quando da celebração dos acordos de colaboração premiada.

38 TUCCI, José Rogério Cruz. O réu sempre fala por último: a propósito do recente julgamento do STF. *Consultor Jurídico*, 01 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/paradoxo-corte-reu-sempre-ultimo-proposito-julgamento-stf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

39 MELO, Valber; NUNES, Filipe Maia Broeto. O método do discovery e a busca da paridade negocial. *Consultor Jurídico*, 17 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-17/opiniao-metodo-discovery-busca-paridade-negocial>. Acesso em: 19 mar. 2020.

Tal julgado objeto de estudo, de acordo com DIMOULIS & LUNARDI⁴⁰, verificou a inconstitucionalidade superveniente, proveniente de hermenêutica, visto que, um método de aplicação de norma inicialmente considerada constitucional, passou a tornar-se incompatível com a regularidade constitucional. Isso pode ocorrer em razão da mudança de situações de fato que acabam influenciando a relação da norma com a Constituição. O mesmo pode ocorrer em caso de mutação constitucional tácita, que consiste na atribuição de um novo sentido ao enunciado constitucional, distanciando-se da leitura anteriormente adotada. Portanto, aquilo que muda não é o parâmetro, e sim sua compreensão pelos intérpretes, que pode afetar normas que estavam em consonância com a Constituição.

Ainda de acordo com os mesmos autores⁴¹, a linguagem utilizada na legislação, assim como a linguagem em geral, apresenta indeterminação semântica, o que permite diversas interpretações. Assim acontece com os dispositivos, gerando dúvidas. E para oferecer uma clara resposta no sentido da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, os Tribunais Constitucionais aplicam as técnicas da interpretação conforme a regulamentação legal, ou seja, eles decidem afirmando a validade da lei sem sacrificar o princípio da supremacia constitucional e a liberdade jurídico-política do legislador. Nela não há declaração da inconstitucionalidade da norma impugnada, mas somente a indicação, dentre várias interpretações possíveis da norma, daquela a ser seguida, sendo esta compatível com o texto constitucional.

Em substancioso parecer, o professor BARROSO⁴² leciona:

[...] Se é o Poder Judiciário, e sobretudo o Supremo Tribunal Federal, no sistema brasileiro, o órgão que define em última análise qual é o direito, a modificação do entendimento consolidado da Corte sobre determinada matéria modifica o direito vigente e, sob a perspectiva do cidadão, isso equivale em todos os elementos relevantes, à alteração do próprio texto legislado. Ora, a fim de proteger o indivíduo, a Constituição ocupa-se de impor limites à inovação legislativa. Pelas mesmas razões, e na linha do que já se destacou acima, uma Suprema Corte que decide modificar sua jurisprudência consolidada deve preocupar-se com cuidados semelhantes.

Com essa decisão de gerar nulidade, segundo DIMOULIS & LUNARDI⁴³, surgem reflexos que provocam grandes impactos na sociedade. Assim, deve-se utilizar a modulação dos efeitos. A liberdade do julgador pode ser maior ou menor, dependendo da existência de critérios legais. O dispositivo que permite a modulação é uma *norma de calibração* ou válvula de segurança para o controle de constitucionalidade, pois permite adequar os efeitos da decisão a situações reais.

DIMOULIS & LUNARDI⁴⁴ afirmam que o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre as Ações Direta de Inconstitucionalidade e Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e o artigo 11 da Lei nº 9.882/1999, que assenta regras sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, confirmam que a retroatividade das decisões de controle de

rais de decisão que altera jurisprudência consolidada. Quorum de deliberação. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Cofins.pdf>. Acesso em: 05 maio 2020.

40 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional - controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 99.

41 *Ibidem*, p. 281.

42 BARROSO, Luís Roberto. *Modulação dos efeitos tempo-*

43 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional - controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 210-211.

44 *Ibidem*, p. 211-213.

constitucionalidade abstrato (efeito *ex tunc*) permanece como regra. Mas, ao mesmo tempo, adotam o modelo da modulação de efeitos, podendo atribuir efeitos não retroativos, ou seja, diferidos ou *pro futuro*, quando se constata uma situação onde é necessário garantir a segurança jurídica ou caso de excepcional interesse social, devendo o Tribunal fixar o momento de fim de vigência da norma inconstitucional e realizar uma ponderação entre princípios constitucionais conflitantes para decidir se cabe, excepcionalmente, modulação dos efeitos.

5 Do constrangimento ilegal

Segundo o AgR HC 157.627/PR⁴⁵, o indeferimento do pedido da defesa pelo magistrado afronta a Constituição Federal, implicando em evidente e patente constrangimento ilegal, prejudicando o réu delatado nas medidas processuais protetoras utilizadas para a busca da verdade real.

De acordo com os autos, o modo de aplicação do dispositivo se mostrou inconstitucional, uma vez que, no julgamento em primeira instância, ficou ao crivo do magistrado deferir ou não os prazos sucessivos solicitados pela defesa para a apresentação das alegações finais ao paciente e aos demais réus colaboradores, o que acabou por culminar em impedimento ao livre exercício da ampla defesa e do contraditório, ocasionando um cerceamento defensivo.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, que estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e alimentam discussões acerca de sua aplicabilidade, envolvendo os direitos e as garantias fundamentais, são enunciados. Consoante MORAES⁴⁶, eles

merecem proteção especial porque devem ser considerados verdadeiros alicerces do Estado Democrático de Direito, nesse sentido, dispõe:

[...] O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.

Em sua obra de Direito Constitucional, MORAES⁴⁷ defende a efetividade do princípio constitucional da ampla defesa, ressaltando que, em relação aos “termos de colaboração premiada”, entende o Supremo Tribunal Federal também ser aplicável a Súmula Vinculante 14, a qual estabelece:

Súmula Vinculante nº 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

O atual Ministro da Suprema Corte, Alexandre de Moraes, defende que, na ampla defesa, se assegura ao réu condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos que considerar necessários ou mesmo de omitir-se ou calar-se, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa.

45 BRASIL. STF. Segunda Turma, AgR HC 157.627/PR, Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019, DJe 17/03/2020.

46 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 113.

47 *Ibidem*, p. 114.

Traduzido, então por DINAMARCO⁴⁸, pelo binômio ciência-participação, não obstante as variações de cunho doutrinário, o contraditório é princípio que visa garantir às partes o direito de serem cientificadas dos atos realizados no processo e de contra eles opor resistência ou reagir, podendo contribuir na formação da convicção do julgador.

Ao defensor caberá a análise, a respeito disso, ensina COUTURE⁴⁹:

[...] O contraditório é tratado junto com o princípio da igualdade e sua fórmula se resume no preceito da *audiatur et altera pars*, afirmando-se na audiência bilateral, pela necessidade de ouvir a outra parte, constituindo aplicações mais importantes desse princípio: (a) a comunicação, ao demandado, da demanda contra ele existente, na forma prevista em lei; (b) a concessão de prazo razoável para que possa comparecer e defender-se, o que se conhece por garantia de *su día ante el tribunal* ou *day of the court*; (c) a devida comunicação sobre as provas antes de sua produção, a fim de que se possa ser fiscalizada pelo adversário durante a produção e impugnada após a produção; (d) a garantia de que toda petição incidental formulada durante o debate ou durante a prova deve substanciar-se com audiência do adversário, exceto por disposição em contrário; (e) a concessão de iguais possibilidades para apresentar exposições de conclusões e alegações e de impugnar mediante recursos as resoluções que lhe são adversas.

A Constituição de 1988, segundo GOMES FILHO⁵⁰, alarga o alcance de garantia

processual penal que era prevista desde a primeira carta republicana de 1891, trata do contraditório no artigo 5º, LV, assegurando aos acusados em geral a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, ressaltando com isto tratamento preferencial que deve merecer a posição da defesa, não somente no âmbito penal, mas também nos outros tipos de processo que buscam uma decisão que influí sobre as partes.

A grande relevância para o contraditório são os atos de comunicação processual, por meio dos quais se propicia o completo e adequado conhecimento dos vários atos praticados, das provas produzidas, dos argumentos apresentados pelo adversário; e das decisões proferidas, pois sem eles, a participação seria impraticável, ou, deficiente, conclui GRINOVER⁵¹.

Dentre esses atos importantes, para GOMES FILHO⁵², destacam-se especialmente as atividades relacionadas a provar fatos que fundamentam as pretensões das partes, que, por isso mesmo, possuem os melhores argumentos para contestá-las, possibilitando ao julgador uma visão mais completa e mais crítica da realidade.

CUNHA *et al*⁵³ discorrem sobre o caso de delação, o delatado é corréu no processo, e, por meio de seu advogado, pode contestar as informações prestadas pelo delator no curso da própria relação processual, o que abre a possibilidade de perguntar, seja em outra

decisões penais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

48 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 94.

49 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Benedicto Gaccobini. São Paulo: Red Livros, 1999.

50 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das*

51 GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória, novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 12.

52 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito a prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 139.

53 CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 180.

audiência de interrogatório, seja em outra designada para essa finalidade.

Essa participação ativa das partes nos atos processuais pressupõe um respeito ao ideal de igualdade, que está ínsito na própria noção de contraditório, GOMES FILHO⁵⁴ afirma que, atendendo aos valores político-ideológicos, sociológicos e técnicos mencionados, é errado atribuir direitos, faculdades e prerrogativas a apenas um dos interessados ou reparti-los de forma desigual.

Nesse sentido, VEIU⁵⁵ *apud* GOMES FILHO, fala em “paridade de armas” para indicar o indispensável equilíbrio que deve existir entre as oportunidades concedidas a cada um dos interessados no provimento para que, ao apresentar suas provas e alegações ao juiz ou tribunal, não seja colocado em desvantagem em relação à parte contrária.

Em caso contrário, segundo preceitua NUCCI⁵⁶, isso geraria nulidade que, para ele, se trata de um vício que afeta determinado ato processual praticado sem observar a legalidade, ensejando a sua inutilidade, exigindo, conseqüentemente, uma renovação, de acordo com artigo 563 do Código de Processo Penal, que assim determina:

Art. 563 Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Portanto, se há ofensa direta a princípio constitucional no processo, incorrerá este em nulidade absoluta, conforme o artigo 573 do Código de Processo Penal, devendo o juiz fazer com que o ato seja novamente praticado ou corrigido.

54 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.36.

55 *Ibidem*, p. 37.

56 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 771.

A sentença do julgado foi considerada nula. Logo, não poderá produzir efeitos consoante reza o § 1º do artigo 573 do Código de Processo Penal⁵⁷, prescrevendo que:

Art. 573. [...]

§ 1º. A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.



Fonte: www.canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br

Refletindo, pois, em todos os atos processuais posteriores.

Destarte, as palavras de MIRABETE⁵⁸ corroboram:

[...] a nulidade de um ato causa a nulidade dos que dele dependem ou sejam conseqüência, de acordo com o princípio da causalidade, ocorrendo o que se tem denominado de nulidade derivada. São nulos todos os atos concomitantes, posteriores ou mesmo anteriores ao ato viciado contaminados por ele. Cite-se como exemplo da última hipótese a nulidade da sessão do júri por um vício nas respostas aos quesitos.

57 BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.

58 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 577- 578.

Além disso, conforme determinação do § 2º do artigo 573 do Código de Processo Penal, ter-se-á de declarar a nulidade dos atos a que ela se estende. E comenta MIRABETE⁵⁹:

[...] Como a lei não distingue expressamente entre os casos de nulidade do processo e nulidade do ato, cabe ao aplicador deduzir a abrangência da invalidade. A evidência, a anulação do processo *ab initio* (*ab ovo, ex radice*), como a de incompetência absoluta, falta de representação em hipótese de crimes de ação penal pública condicionada etc., acarreta o não aproveitamento de todos os atos processuais, não havendo necessidade de que sejam eles enumerados pelo juiz. Também é desnecessária a menção específica dos atos contaminados quando o vício acarreta a nulidade de todos os atos subsequentes.

Diante da questão central sobre a inexistência de previsão legal para a cronologia do oferecimento das alegações finais entre corréus delatores e delatados, o julgado estabeleceu o entendimento de que houve constrangimento ilegal na determinação de prazo comum com base nos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, que devem permear todo o processo, e abriu a possibilidade de manifestação da defesa por último, via memoriais, após a acusação. Dados os fatos, com a caracterização da interferência nos atos judiciais subsequentes, foi declarada a nulidade processual dos atos afetados pelo procedimento debatido.

6. Da necessidade de formação de uma tese jurídica

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus 166.373/PR*⁶⁰, relativo ao ex-gerente da Petrobras,

Márcio de Almeida Ferreira, decidiu no mesmo sentido do AgR HC 157.627/PR, e anulou a sentença em que houve a condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro na Lava Jato. Assim, foi determinado o retorno do processo à fase de alegações finais, assegurando que o acusado delatado apresente suas alegações finais após o acusado delator. Nessa oportunidade, o Tribunal decidiu pela formulação de tese em relação ao tema, por isso, houve a suspensão do julgamento para fixação da tese em assentada posterior.

Para MELO & NUNES⁶¹, as decisões no âmbito da Suprema Corte têm repercussão em diversos processos, sejam eles concluídos ou em tramitação, e, sendo assim, os Ministros visando garantir a segurança jurídica, devem fixar uma tese para orientar as outras instâncias judiciais.

Para ATAÍDE JUNIOR⁶², o sistemático desrespeito aos precedentes de tribunais superiores no Brasil tem comprometido o próprio Estado de Direito, é como se existissem várias leis regendo a mesma conduta, o que indubitavelmente gera integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade. Essa conjuntura fez nascer a necessidade de criação de um sistema constituído por institutos para um maior controle lógico da matéria de direito, que se afiguram entre precedentes vinculantes ou relativamente vinculantes para as jurisprudências, com intuito de proporcionar um maior grau de uniformidade, previsibilidade, estabilidade, celeridade e principalmente isonomia.

Edson Fachin, j. 02/10/2019.

61 MELO, Valber; NUNES, Filipe Maia Broeto. *Colaboração premiada: aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

62 ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. São Paulo: *Revista de Processo*, v. 229, mar. 2014, p. 379.

59 *Ibidem*, p. 578.

60 BRASIL. STF. Pleno, HC 166.373/PR, Relator Ministro

Nesse aspecto, CAMBI⁶³ ressalta que:

[...] quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera insegurança jurídica, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional, [...] elimina a certeza do direito, sendo causa de crise, na medida em que é a certeza e a previsibilidade quanto à aplicação do direito que dão segurança à sociedade; já que sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou da vida.

TUCCI⁶⁴ acrescenta que:

Essa imposição natural é geralmente esclarecida pelo denominado princípio da inércia, segundo o qual a orientação já adotada em várias oportunidades deve ser mantida no futuro [por presumir ser correta, pelo desejo de coerência, e força do hábito].

E conclui asseverando que uma orientação já adotada “não pode ser desprezada sem uma motivação satisfatória”.

Em sentido semelhante, posiciona-se NÓBREGA⁶⁵:

[...] Acontece que a decisão do juiz, uma vez consagrada pelos Juízes Superiores, tende a se impor, passa a ser tida como forma correta de interpretação da lei. O exemplo, o precedente, tem grande força normativa; não só o próprio juiz

persistirá na direção tomada, como os demais juízes, por comodidade, ou convicção, serão levados a se orientar no mesmo sentido, a interpretar a lei pela forma consagrada. Dêsse modo, a jurisprudência se estabelece, se firma, com força de direito objetivo.

Nos dizeres de MITIDIERO⁶⁶, o precedente deixa a província da persuasão e irrompe nos domínios da vinculação, convertendo-se em uma efetiva norma jurídica.

Com efeito, para MANCUSO⁶⁷, decisões diferentes para casos semelhantes atentam contra o princípio da isonomia, porquanto, nas demandas de alto volume com incidência de causas repetitivas, a divergência jurisprudencial deixa ainda mais evidente a desigualdade perante a mesma lei, o que é, decerto, um fato inadmissível.

No que tange ao julgamento de casos repetitivos DIDIER JUNIOR & LIPIANI⁶⁸ discorrem sobre as suas finalidades:

[...] a) definir a solução uniforme a uma questão de direito que se repete em processos pendentes, permitindo o julgamento imediato de todos eles em um mesmo sentido; b) eventualmente, uma vez observadas as exigências formais do sistema de precedentes brasileiros (como, por exemplo, a obtenção de maioria sobre determinado fundamento determinante), produzir precedente obrigatório a ser seguido em processos futuros, em que essa questão volte a aparecer.

63 CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, abr. 2001, p. 111.

64 TUCCI, José Rogério Cruz. O réu sempre fala por último: a propósito do recente julgamento do STF. *Consultor Jurídico*, 01 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/paradoxo-corte-reu-sempre-ultimo-proposito-julgamento-stf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

65 NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 8. ed. João Pessoa: Linha d'água, 2007, p. 126.

66 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 37.

67 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 6. ed. São Paulo: JusPodivm, 2018, p. 22-23.

68 DIDIER JUNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Eficácia interpretativa do princípio federativo sobre o Direito Processual. Federalismo processual. Contraditório no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 300, fev. 2020, p. 156.

Conforme os autores mencionados alhures⁶⁹, a definição da questão de direito vincula todos os membros do grupo que estejam com processos pendentes, ou que venham a ser ajuizados, desde que não se trate de coisa julgada.

Ademais, DIDIER JUNIOR & CUNHA⁷⁰ esclarecem que, no âmbito jurídico, existem dois sistemas de resolução de causas repetitivas: a) causa-piloto: onde o órgão jurisdicional seleciona um caso para julgar, fixando a tese a ser seguida nos demais; b) causa-modelo: instaura-se um incidente apenas para fixar a tese a ser seguida, não havendo a escolha de uma causa a ser julgada.

No Brasil, corrobora MANCUSO⁷¹, a incidência de recurso especial e extraordinário repetitivos pressupõe a existência deles no âmbito do tribunal superior, sendo processados e julgados como causa-piloto com identificação das circunstâncias fáticas. Ademais, não é possível instaurar o procedimento sem que haja no tribunal respectivo causas para selecionar que estejam em pendência de julgamento, consoante artigo 1.036 do Código Processo Civil.

Após serem julgados pelo órgão colegiado, conjuntamente, fixa-se a tese jurídica a ser aplicada aos demais processos que aguardavam sobrestados nos juízos inferiores. Os recursos afetados pela análise devem ser julgados no prazo de um ano, tendo preferência sobre os demais, ressalvados os que envolvam réu preso e *habeas corpus*, vide artigo 1.037, § 4º, do Código de Processo Civil.

Desse modo, instaura-se um precedente vinculante, que deve ser seguido pelos juízos e tribunais em causas que demandem questão repetitiva, de direito processual ou de direito material.

69 *Ibidem*, p. 156.

70 DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 215.

71 *Idem*. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 161.

É lógico que, segundo DIDIER JUNIOR & LIPIANI⁷², dessa forma, nasce a necessidade de uma efetiva participação dos interessados na tese, através do contraditório, oportunizado com a efetiva divulgação de sua instauração e o engajamento dos sujeitos envolvidos no debate em momento anterior ao feito, podendo nele exercer influência. Essa repercussão geral, nos demais processos, tem uma feição objetiva, que alcança a isonomia e a segurança jurídica com a fundamentação uniformizada.

Assim, reforça-se a obrigatoriedade da observância do entendimento do Supremo Tribunal Federal na aplicação das regras sobre uniformização da jurisprudência, para que se adotem também os resultados dos recursos repetitivos, conforme previsto no artigo 927, III, do Código de Processo Civil, vez que isso proporcionará um entendimento adequado, economia processual, segurança jurídica, além de clareza a respeito do pensamento do tribunal acerca de determinada matéria ao jurisdicionado, afirmam MARX NETO *et al*⁷³.

7 Considerações finais

Assentadas essas bases, adequado o posicionamento adotado pela Segunda Turma do STF em sede de julgamento do AgR HC 157.627/PR⁷⁴, visto que os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser aplicados ao longo de todo o processo, inclu-

72 DIDIER JUNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Eficácia interpretativa do princípio federativo sobre o Direito Processual. Federalismo processual. Contraditório no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 300, fev. 2020, p. 165.

73 MARX NETO, Edgar A.; REZENDE, Ester C. Gomes Norato; FARIA, Juliana Cordeiro de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Orgs.). *Processo civil contemporâneo - Homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 95.

74 BRASIL. STF. Segunda Turma, AgR HC 157.627/PR, Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019, DJe 17/03/2020.

sive, em sede de alegações finais, sejam elas orais, ou por memoriais, com a concessão de prazos sucessivos, respectivamente, para réus delatores e delatados.

De todo modo, é certo que, para casos novos, essa é a orientação a ser seguida, reafirmando a necessidade de fixação de tese pelo STF. Diante da inércia do nosso Legislativo, o juiz deixa de ser um “boca da lei” e passa a ser criador do direito, e as normas devem ser interpretadas de maneira compatível dentro do seu contexto histórico, evoluindo com a sociedade.

Nesse aspecto, BARROSO⁷⁵ esclarece que se trata de uma mudança de interpretação conforme a Constituição, e claro, a sanção para toda a inconstitucionalidade, em regra, será a nulidade do ato, com caráter declaratório e efeito retroativo.

VELLOSO⁷⁶ acrescenta que se trata de um caso em que a justiça se aplica ao caso concreto, com equidade, pois complementa a lacuna à norma legal, ou seja, fora das leis positivadas.

E, para as decisões anteriores ao julgamento paradigma, se coloca a questão da modulação de efeitos ou, mais propriamente, da aplicação retroativa da jurisprudência.

MARX NETO *et al*⁷⁷ indicam que, consentâneo à necessidade de regulação, o artigo 927, § 3º, do Código de Processo Civil prevê que, em caso de alteração de jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal ou de incidentes repetitivos, poderá haver modulação dos efeitos, caso haja interesse social,

resguardando a estabilidade das decisões que foram consolidadas, visando primordialmente a segurança jurídica.

Para GRECO⁷⁸, a retroatividade da jurisprudência é plenamente cabível, mas, sob intuito de beneficiar o agente, assim, a modificação de interpretação deve retroagir, se aplicando inclusive aos casos anteriormente julgados, aos fatos já decididos através de sentença condenatória transitada em julgado, via ação revisional. Dessa forma, a aplicação retroativa de jurisprudência não pode ser automática, quando envolvidos direitos das partes, encontrando-se solução em conformidade com o ordenamento jurídico.

BARROSO⁷⁹, Ministro da Suprema Corte, afirma que existem posições contrárias, que sustentam a inexistência de nulidade absoluta sem que haja comprovado prejuízo, e a impossibilidade de retroatividade jurisprudencial sob os corolários do princípio da segurança jurídica. Não por outra razão vem o Supremo Tribunal Federal firmando precedentes jurisprudenciais no sentido de dar efeitos apenas prospectivos a suas decisões, portanto, ressalva a validade de todos os atos e efeitos produzidos até a data do julgamento.

Entretanto, GRECO⁸⁰, e GOMES, BIANCHINI, & DAHER⁸¹, ressaltam que, somente no caso de modificação na jurisprudência do STF para pior, haverá a manutenção das decisões anteriormente firmadas.

A retroatividade de uma norma nova desfavorável viola descaradamente o disposto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal de

75 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 461.

76 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Mandado de segurança, mandado de injunção e institutos afins na Constituição. In: *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 172.

77 MARX NETO, Edgar A.; REZENDE, Ester C. Gomes Norato; FARIA, Juliana Cordeiro de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Orgs.). *Processo civil contemporâneo - Homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 134.

78 GRECO, Rogério. *Direito penal estruturado*. São Paulo: Forense, 2019, p. 19.

79 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 103.

80 GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 14-15.

81 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. *Curso de direito penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 158-159.

1988, que preceitua: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Em face da analogia *legis*, a irretroatividade da *lex gravior* em matéria tributária, prevista na Constituição em seu artigo 150, III, “a”, é aplicável também à área penal.

O movimento do neoconstitucionalismo, no período do pós Segunda Guerra Mundial, foi o ponto de partida para a construção do direito atual, que envolve o legislador e os órgãos jurisdicionais, formando aquilo que a doutrina chama de “Constituição vivente” (*living constitution*), onde os precedentes e tradições são sedimentados com a passagem do tempo pela jurisprudência, num sistema similar ao que se pratica no sistema *common law*, de acordo com GOMES & VIGO⁸².

Diante do exposto e na linha da jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a modulação temporal dos efeitos de decisão judicial deve ocorrer com a mudança da jurisprudência consolidada em relação a essa debatida questão jurídica.

Dessa forma, reforça-se a postura adotada pelo Brasil nos últimos anos, com maior observância aos julgados e à influência dos costumes nos ditames da Justiça, uma atitude positiva, pois visa promover valores relevantes, como segurança jurídica, isonomia, eficiência, e equidade.

82 GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. *Do estado de direito constitucional e transnacional*. São Paulo: Premier, 2008, p. 169-170

Referências

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. São Paulo: *Revista de Processo*, v. 229, p. 377-401, mar. 2014.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Modulação dos efeitos temporais de decisão que altera jurisprudência consolidada*. Quorum de deliberação. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Cofins.pdf>. Acesso em: 05 maio 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BERTONI, Felipe Faoro. Entenda a diferença entre delação premiada e colaboração premiada. *Canal Ciências Criminais*, 24 fev. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/diferencia-delaçao-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 05 maio 2020.
- BOLDRINI, Angela. Para 96%, Lava Jato deve continuar “custe o que custar”, mostra pesquisa. *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo, 02 dez. 2016. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1837831-para-96-lava-jato-deve-continuar-custe-o-que-custar-mostra-pesquisa.shtml. Acesso em: 16 nov. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 07 abr. 2020.
- BRASIL. MPF. *Origem da Operação Lava Jato*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba>. Acesso em: 07 abr. 2020.
- BRASIL. STF. Pleno, *AP 465/DF*, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 24/04/2014, DJe 30/10/2014.
- BRASIL. STF. Pleno, *HC 166.373/PR*, Relator Ministro Edson Fachin, j. 02/10/2019.
- BRASIL. STF. Primeira Turma, *HC 90.708/BA*, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 20/03/2007, DJe 13/04/2007.
- BRASIL. STF. Segunda Turma, *AgR HC 157.627/PR*, Relator para o Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, j. 27/08/2019, DJe 17/03/2020.
- BRASIL. STF. Segunda Turma, *HC 75.226/MS*, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/08/1997, DJ 19/09/1997.
- BRASIL. STF. Segunda Turma reconhece cerceamento de defesa e anula condenação de ex-presidente da Petrobras. *Notícias STF*, 27 ago. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=421829>. Acesso em: 19 mar. 2020.
- CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Benedicto Gaccobini. São Paulo: Red Livros, 1999.
- CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3.

DIDIER JUNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Eficácia interpretativa do princípio federativo sobre o Direito Processual. Federalismo processual. Contraditório no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 300, p. 153-195, fev. 2020.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional - controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 101, p. 203-227, mar./abr. 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. *Curso de direito penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. *Do estado de direito constitucional e transnacional*. São Paulo: Premier, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito a prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. *Direito penal estruturado*. São Paulo: Forense, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, contraditório, igualdade e par conditio na ótica do processo de estrutura cooperatória, novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

LEITE, Gisele. *Considerações sobre a colaboração premiada no processo penal brasileiro*. Disponível em: <https://www.editorarumolegal.com.br/consideracoes-sobre-a-colaboracao-premiada-no-processo-penal-brasileiro-gisele-leite>. Acesso em: 02 abr. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 6. ed. São Paulo: JusPodivm, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARIGHETTO, Andrea. *Aspectos patológicos dos acordos de colaboração premiada*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-05/andreamarighetto-aspectos-patologicos-acordos-delacao>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MARX NETO, Edgar A.; REZENDE, Ester C. Gomes Norato; FARIA, Juliana Cordeiro de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Orgs.). *Processo civil contemporâneo - Homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELO, Valber; NUNES, Filipe Maia Broeto. *Colaboração premiada: aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

MELO, Valber; NUNES, Filipe Maia Broeto. O método do discovery e a busca da paridade negocial. *Consultor Jurídico*, 17 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-17/opinio-metodo-discovery-busca-paridade-negocial>. Acesso em: 19 mar. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 8. ed. João Pessoa: Linha d'água, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal - parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito processual penal - esquemas & sistemas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 848, p. 711-736, jun. 2006.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada, legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PRADO, Luiz Regis. Associação criminosa – crime organizado – lei 12840-2013. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, p. 248-249, dez. 2013.

RODAS, Sérgio. Advocacia deve criar regras para atuação em delações premiadas, diz Geraldo Prado. *Consultor Jurídico*, 31 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-31/advocacia-criar-regras-atuacao-delacoes-professor>. Acesso em: 30 mar. 2020.

SALOMI, Maíra Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARCEDO, Leandro. A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 14, n. 27, p. 191-205, jan./jun. 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz. O réu sempre fala por último: a propósito do recente julgamento do STF. *Consultor Jurídico*, 01 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-01/paradoxo-corte-reu-sempre-ultimo-proposito-julgamento-stf>. Acesso em: 20 mar.2020.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Mandado de segurança, mandado de injunção e institutos afins na Constituição. In: *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

