

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática que, em 13.10.2020, negou seguimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, interposto por Paulo César Melo de Sá, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme relatado, o agravante reitera os argumentos sustentados nas razões do recurso ordinário em *habeas corpus* e alega que “ o constrangimento ilegal é patente. A decisão do STJ viola, grave e ostensivamente, vários preceitos da legislação processual penal e da Constituição, em especial os arts. 41 e 400 do CPP e o artigo 5º, LV, da Constituição Federal. É, ademais, evidente o desrespeito ao precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 157.627/PR”.

Destaca que a “ decisão é nula pelo fato de a oitiva dos depoimentos de Jonas Lopes Carvalho Junior, Ricardo Pernambuco Backheuser e Carlos Emanuel de Carvalho Miranda, arrolados pela acusação, ter ocorrido após a tomada de depoimentos das testemunhas de defesa, o que implica a violação dos arts. 41 e 400 do CPP, bem como do princípio da ampla defesa”.

Ademais, ressalta que a “ decisão é nula pela circunstância de o Relator ter indeferido pedido de novo interrogatório do paciente mesmo após a juntada de depoimentos prestados por Jacob Barata e Lelis Teixeira, colaboradores em processo em que se apuram os mesmos fatos, instaurado perante a 1ª Instância da Justiça Federal (ação penal desmembrada nº 0502138-78.2018.4.02.5101, em trâmite na 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro). Embora o relator no STJ afirme que são colaboradores em processo distinto, isso se dá apenas pela circunstância de o processo originário ter sido desmembrado. O paciente, que era deputado estadual, foi julgado pelo TRF. Jacob Barata e Lelis Teixeira foram julgados na primeira instância. Nos dois processos, porém, se apreciaram os mesmos fatos: o alegado pagamento de propina por empresários do ramo de transportes a deputados estaduais. Barata e Teixeira eram empresários. O paciente, Deputado Estadual”.

Por fim, sustenta que haveria nulidade “ em decorrência da incompetência do relator que o conduziu no TRF. A distribuição dos autos originários ao e. Desembargador Federal Abel Gomes, por prevenção, no

âmbito da 1ª Seção Especializada, viola o princípio do juiz natural. Do fato de Sua Excelência ter sido o relator de feitos conexos na Turma Especializada não decorreria a sua prevenção para a relatoria do processo em tela, o qual tramita em órgão jurisdicional distinto”.

A eminente relatora vota no sentido de negar provimento ao agravo regimental. Primeiramente, afirma que “ *o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a aplicação das normas de distribuição e prevenção previstas nos regimentos internos dos Tribunais configura matéria interna corporis, insuscetível de impugnação por habeas corpus”.*

Em relação à alegada nulidade derivada do descumprimento do art. 41 e do art. 400 do Código de Processo Penal, assevera que “ *a nulidade aventada neste recurso, decorrente da oitiva dos colaboradores depois das testemunhas de defesa, configura nulidade relativa, a demandar demonstração de efetivo prejuízo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal”.*

Ademais, “ *a defesa do agravante teve oportunidade de tomar ciência dos documentos juntados, antes das alegações finais, sendo garantidos o contraditório e a prerrogativa de se manifestar por último no processo”.* Diante disso, assenta não haver comprovação de prejuízo a ensejar a nulidade do feito.

Inicialmente, em relação à **alegação sobre a competência** do relator do feito no TRF, afirmo que tal questão é reiterada nos autos do RHC 186.441, em que será devidamente analisada.

Contudo, no que diz respeito à mencionada **nulidade em razão do indeferimento do pedido de novo interrogatório** do paciente após a juntada de depoimentos prestados por colaboradores em processo em que se apuram os mesmos fatos, verifico a **ocorrência de ilegalidade manifesta que enseja o provimento do agravo regimental.**

No caso, narra-se que, após o encerramento da instrução criminal, já em fase de alegações finais, o Ministério Público Federal juntou depoimentos prestados por réus-colaboradores em processo penal desmembrado.

Conforme narrado no voto divergente da Desembargadora Simone Schreiber:

“Os interrogatórios dos réus JORGE PICCIANI, PAULO MELO e EDSON ALBERTASSI foram realizados em 09.07.2018 , conforme Termos de Interrogatório, às fls. 6.196/6.201.

O Ministério Público nada requereu em diligências.

Em seguida, foram indeferidos pedidos de diligência da defesa de PAULO MELO (6.421/6,425); e foi autorizada a juntada de documentos trazidos por EDSON ALBERTASSI (fls. 6.458/6.463).

Todavia, **em 28.08.2018 (fl. 6.498), o Ministério Público Federal requereu a juntada aos autos dos interrogatórios de JACOB BARATA FILHO e LELIS MARCOS TEIXEIRA**, tomados nos autos da ação penal desmembrada nº 0502138-78.2018.4.02.5101, cujo trâmite dá-se na 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. (...)

Às fls. 6.533/6.536, no entanto, a **defesa de PAULO MELO requereu a realização de novo interrogatório para refutar supostas inverdades ditas por Jacob Barata e Lélis Teixeira**. Os advogados mencionaram especificamente os pontos do interrogatório que pretendiam esclarecer, apontando os trechos: 00h21min17seg da gravação audiovisual do depoimento prestado pelo Sr. Jacob Barata 00h25min35seg da gravação audiovisual do depoimento prestado pelo Sr. Lelis Teixeira.

O **pleito foi rejeitado, às fls. 6.551/6.552** , com base no seguinte argumento: ‘o pedido de fls. 6533/6536 não traz fundamentação que justifique seu deferimento, na forma do art. 196 do CPP, considerando que o acusado depõe sobre os fatos que lhe são imputados no libelo acusatório, conforme se extrai do art. 187 do CPP’’. (eDOC 274, p. 230)

Originalmente, o indeferimento justificou-se ante suposta ausência de fundamentos, *“na forma do art. 196 do CPP, considerando que o acusado depõe sobre os fatos que lhe são imputados no libelo acusatório, conforme se extrai do art. 187 do CPP”*.

No STJ, negou-se o reconhecimento da nulidade ao se argumentar que se garantiu *“livremente ao acusado o direito de manifestar-se por último no curso da instrução, não se permitindo todavia a realização de novo interrogatório tão somente porque, conforme entenderam as instâncias ordinárias, as informações deduzidas não modificaram significativamente os fatos narrados na peça acusatória, sendo impossível proceder ao*

revolvimento fático-probatório dos autos para desconstituir a conclusão então firmada” e que “ a mera juntada de documentos nas alegações finais não configurou a reabertura da instrução processual”.

Contudo, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da própria legislação ordinária, os **corrêus delatados têm direito a se manifestar por último no processo penal**, após as declarações de delatores. Trata-se de garantia fundamental para a efetividade do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Na colaboração premiada, o réu delator adere à acusação, em troca de um benefício acordado entre as partes e homologado pelo julgador natural, nos termos da Lei 12.850/2013. Ou seja, o delator, em regra, presta contribuições à persecução penal, incriminando eventuais corrêus.

Tanto na doutrina como na jurisprudência, é pacífico o reconhecimento do direito ao confronto dos corrêus delatados diante das declarações prestadas pelos colaboradores, pois “ *o colaborador deve se submeter a essa ‘prova de fogo’, sendo certo que o contraditório é uma das melhores formas de se descobrir, se não a verdade, ao menos que o colaborador está mentindo ou omitindo parte dos fatos*”. [MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO; QUEIROZ (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. JusPodivm, 2016. p. 238]

Conforme posição reiterada no HC 127.483, “ *não resta dúvida, portanto, de que o delatado, no exercício do contraditório, terá o direito de inquirir o colaborador, seja na audiência de interrogatório, seja em audiência especificamente designada para esse fim*” (STF, HC 127.483/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015, p. 45).

Tal orientação há muito é consolidada no Supremo Tribunal Federal: HC 94.016/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.9.2008; HC 94.601/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 4.8.2008; HC 93.607/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 4.5.2010; HC 101.648/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11.5.2010.

Portanto, os delatados têm direito de fazer perguntas ao corréu delator, exercendo o direito ao confronto como componente inerente ao contraditório efetivo.

Partindo-se de lógica semelhante, para efetividade do contraditório, na doutrina, sustenta-se que **a oitiva do colaborador deve, necessariamente, ser realizada em momento anterior ao interrogatório dos corréus incriminados**. Cito: ARAS, Vladimir. O réu colaborador como testemunha. In: SALGADO; QUEIROZ (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. JusPodivm, 2016. p. 214 e 228; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A readequação dos procedimentos processuais penais em face da colaboração premiada. *Boletim IBCCrim*, n. 296, jul. 2017. p. 16; ROMERO, Eneas. A colaboração premiada. In: AMBOS; ROMERO (Coord.). *Crime organizado*. Marcial Pons, 2017. p. 265; FONSECA, Cibele B. G. *Colaboração premiada*. Del Rey, 2017. p. 164.

Embora a eminente relatora almeje distinguir este caso em relação aos precedentes firmados pelo Supremo nos HCs 157.627 e 166.373, creio que **se trata de questões inerentes à proteção dos direitos dos réus delatados em processo penal**. Nos termos da ementa do primeiro julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS ESCRITOS POR RÉUS COLABORADORES E DELATADOS. PRAZO COMUM. INADMISSIBILIDADE. OFENSA ÀS REGRAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. EXEGESE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDEPENDENTEMENTE DA NORMA INFRACONSTITUCIONAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988, E 603, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA.

I – Possibilidade de impetração de habeas corpus nos casos em que, configurada flagrante ilegalidade do provimento jurisdicional, descortina-se premente o risco atual ou iminente à liberdade de locomoção, apta, pois, a gerar constrangimento ilegal. Precedentes desta Suprema Corte (HC 87.926/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; HC 136.331, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

II - Decisão de primeiro grau de jurisdição que indefere pedido para apresentação de memoriais escritos após o prazo dos réus colaboradores. Prejuízo demonstrado.

III – Memoriais escritos de réus colaboradores, com nítida carga acusatória, deverão preceder aos dos réus delatados, sob pena de nulidade do julgamento. Exegese imediata dos preceitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88) que prescindem da previsão expressa de regras infraconstitucionais.

IV – Agravo regimental provido, para conhecer e conceder a ordem.” (HC 157.627 AgR, Relator Ministro EDSON FACHIN, Redator do acórdão Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 17.3.2020)

Naquele julgado, já havia afirmado que, em prol de um contraditório efetivo, para resguardar a vulnerável posição jurídica dos corréus delatados, **o interrogatório e a apresentação de alegações finais pelo colaborador devem ocorrer em momentos anteriores àqueles reservados aos delatados .**

Portanto, se a abertura de prazo para alegações finais deve se dar de modo sucessivo, **igualmente deve ser assegurado o direito de falar por último e, se for o caso, a realização de novo interrogatório após a produção de provas por corréus delatores.** Trata-se de medida necessária para que a defesa tenha conhecimento de todos os elementos incriminatórios produzidos também pelos corréus delatados.

No mesmo julgado, assim destacou a Min. Cármen Lúcia:

“Então, o amplo direito à defesa, a meu ver, que é um princípio de juridicidade, de constitucionalidade e que, portanto, enseja o habeas corpus, estaria naquele momento fragilizado pela atuação do juiz, que não permitiu a distinção no sentido de iniciar-se por aqueles que foram colaboradores e acusados, pelos que foram delatados e que são também acusados naquele processo. Para garantir o princípio da constitucionalidade do direito à ampla defesa de um lado, o princípio da igualdade, de tratar iguais apenas os iguais e desigualmente os desiguais, e principalmente, porque se não há uma determinação de regra processual penal expressa no sentido de permitir essa sequência, também não há nenhum impedimento a que o juiz pudesse fazê-lo, especialmente porque neste caso houve um pedido, no qual, pelo que se tem nos autos, se defendia que aquilo iria gerar algum prejuízo. E o prejuízo demonstrado, quanto à condenação, não me parece ter ficado superado, porque pode ter sido, de alguma forma, comprometido, é o que eu chamo de prova diabólica.” (p. 67 do inteiro teor do acórdão)

Posteriormente, surgiu a modificação legislativa aportada pela Lei 13.964/19. Em conformidade com a jurisprudência anterior do Supremo, determinou-se, no § 10-A do art. 4º da Lei 12.850/13: “ *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* ”. Ou seja, resta claro que o **dispositivo diz respeito a todas as fases processuais** .

Nas palavras do Min. Alexandre de Moraes, “ *o direito de falar por ultimo esta contido no exercicio pleno da ampla defesa englobando a possibilidade de refutar TODAS, absolutamente TODAS as informacoes, alegacoes, depoimentos, insinuacoes, provas e indicios em geral que possam, direta ou indiretamente, influenciar e fundamentar uma futura condenacao penal* ”, de modo que “ *o reu tem o direito de falar por ultimo sobre todas as imputacoes e provas que possam levar a sua condenacao, conforme consagrado em todos os ordenamentos juridicos democraticos* ” (HC 176.332, DJe 18.10.2019).

Sobre isso também ressaltou o Min. Roberto Barroso: “ *(...) no Processo Penal, o acusado tem o direito de falar por último. No caso das ações penais privadas, o acusado é o querelado e a acusação, o querelante, atuando o Ministério Público como fiscal da lei. Desse modo, é de se ver não ser admissível réplica, por parte do acusador, no Processo Penal, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa* ” (Pet 6.349, DJe 31.7.2017).

O “direito de falar por último” consagrou-se na legislação com a reforma de 2008 no Código de Processo Penal, quando se alterou o momento do interrogatório no procedimento. Anteriormente como primeiro ato de defesa, agora o interrogatório foi deslocado para o final da instrução, como último ato, exatamente com o objetivo de assegurar que o réu tenha conhecimento de todas as provas que pesam contra ele, pois somente assim será efetivo o direito de autodefesa e contraditório.

Tal norma, prevista no art. 400 do CPP, aplica-se também aos procedimentos originários, nos termos da jurisprudência desta Corte (HC 127.900, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 3.3.2016; AP 528 AgR, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24.3.2011) e da doutrina (MARCHIONATTI, Daniel. *Processo penal contra autoridades* . Forense, 2019. p. 239).

No caso concreto, segundo destacado no voto divergente da eminente desembargadora Simone Schreiber, “ *muito embora o Exmo. Des. Fed. Abel Gomes tenha permitido aos acusados (i) requerer o interrogatório de Jacob Barata e Lélis Teixeira perante esta Corte; e/ou (ii) trazer aos autos as mídias contendo os interrogatórios de outros codenunciados ouvidos na ação penal desmembrada, não houve uma autorização ampla para que a defesa se valesse de qualquer meio de prova a seu alcance para refutar o conteúdo das declarações* ” (eDOC 274, p. 231, destaquei os trechos).

Ademais, como pontuado pela magistrada, nos autos que tramitam em 1º grau, houve situação semelhante, em razão da produção de provas por colaboradores após o interrogatório dos réus. Diante disso, acertadamente o juízo deferiu o pedido de novo interrogatório ao final da instrução.

Destaca-se que as **declarações dos delatores mencionavam o paciente, imputando-lhe condutas examinadas no processo penal ali em trâmite, e foram expressamente utilizadas na decisão condenatória** . Ademais, embora originalmente produzidas em processo distinto, houve o compartilhamento aos autos aqui em análise e resta **inegável a qualificação dos corréus como colaboradores** .

Além disso, ao requerer o novo interrogatório do paciente, a **defesa expressamente indicou as impugnações e esclarecimentos que pretendia realizar** em relação às declarações dos delatores que foram juntadas ao processo anteriormente (trechos das gravações):

“00h21min17seg da gravação audiovisual do depoimento prestado pelo Sr. Jacob Barata

00h25min35seg da gravação audiovisual do depoimento prestado pelo Sr. Lélis Teixeira”.

Portanto, no processo que correu originariamente no segundo grau, houve **violação à ampla defesa e ao contraditório em razão da negativa de novo interrogatório requerido pela defesa** , ou seja, ao direito de falar por último no procedimento.

Diante do exposto, **divirjo da relatora para dar provimento ao recurso e conceder a ordem de habeas corpus de modo a anular o acórdão condenatório e determinar a realização de novo interrogatório do réu**

delatado, nos termos da legislação e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/03/2022