

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo penal - *Habeas corpus* - Roubo circunstanciado - Lei 11.719/08 - Interrogatório - Último ato - Lei processual - Aplicação imediata - Ilegalidade - Reconhecimento

1. A Lei 11.719/08, de reforma do Código de Processo Penal, superado o período de *vacatio legis*, incidiu imediatamente sobre os feitos em curso. Assim, o interrogatório, como meio de defesa que é, deve ser realizado ao cabo da instância, não ficando ao talante do juiz estabelecer o momento apropriado, invocando-se o art. 196 do *Codex*.

2. Ordem concedida em menor extensão, acolhido o parecer ministerial e ratificada a liminar, para assegurar ao paciente e aos demais corréus o direito de serem interrogados ao cabo da ação penal, como determina a sistemática processual estabelecida pela Lei 11.719/08.

HABEAS CORPUS Nº 123.958 - MG (2008//0277968-1) - Relatora: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Impetrante: Bruno César Gonçalves da Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Lamartine José Moreira (preso).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora”. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 26 de abril de 2011 (data do julgamento).
Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Relatora.

Relatório

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Lamartine José Moreira, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que não reconheceu nulidade na ação penal a que responde o paciente, jun-

tamente com outros corréus, pela suposta prática de roubo triplamente circunstanciado, em concurso material por seis vezes, além de, em tese, integrar bando armado.

Aduz que, em 17 de abril de 2008, designou-se o interrogatório para 22 de agosto de 2008. Nesta ocasião, o juiz, instado pelo defensor, não redesignou o ato para após a instrução, momento apropriado nos moldes do novo procedimento comum ordinário.

Destaca que teria agido ilegalmente o julgador, pois teria ele se servido do art. 196 do Código de Processo Penal, que autorizaria o juiz a interrogar o réu a qualquer momento. Assevera que tal artigo autorizaria o magistrado, em verdade, a reinterrogar o acusado em qualquer fase.

Salienta que o novo procedimento consagra o interrogatório como meio de defesa. Alega que, na eventualidade de delação, esta não teria o mesmo efeito, pois, se fosse mendaz, já se encontraria enfraquecida pela prova toda já colhida.

Contra tal postura do juiz de primeiro grau, impetrou-se prévia ordem, sendo que a liminar foi deferida, suspendendo-se o curso da ação penal.

Todavia, a ordem, por maioria, foi denegada. Do voto vencedor aponta-se o seguinte trecho:

Dispõe o art. 2º do CPP que, embora seja imediata a aplicação da lei processual penal, aqueles atos realizados sob vigência da lei anterior são válidos, assim se devendo entender acerca do caso presente.

O interrogatório ora mitigado foi agendado ainda sob égide de lei anterior, cuidando-se de feito em que a denúncia foi recebida em 05 de agosto do corrente ano e os demais respeitaram, portanto, o rito processual até então determinado.

A modificação por ato normativo que teria entrado em vigor exatamente no dia de realização do ato processual previamente eleito há de também respeitar a determinação prévia do interrogatório, sob pena de termos de renovar todos os procedimentos penais em curso, agendados em datas pretéritas à modificação operada.

É este o entendimento do ilustre Procurador de Justiça cujo parecer merece guarida também no que toca à questão atinente ao prejuízo.

Não constatamos depreciação concreta da defesa no que toca à realização do ato ora impugnado, não implicando eventual delação de co-réu necessária incriminação do co-autor, que terá, inclusive, toda a instrução criminal para se defender acerca de sua incriminação por outro envolvido.

Veja-se que a ótica apresentada pela defesa não é pacífica, pois a ciência anterior de eventual delação pode propiciar, até mesmo, maior amplitude processual para mitigar o que restou apresentado pelo delator, entendendo-se o interrogatório ao final, dependendo-se da inteligência aplicada, como fator de surpresa acerca da questão apresentada.

Assim, sem prejuízo certo e respeitando o interrogatório a legislação existente quando de sua marcação, optamos, respeitosamente, por instaurar divergência e denegar a ordem.

Constou do acórdão também o voto vencido do Relator, *verbis*:

Conheço da impetração e concedo a ordem, *data venia*. De fato, a Lei 11.719/2008 introduziu modificações ao Código de Processo Penal, alterando o Procedimento Comum Ordinário. A mencionada lei entrou em vigor em 21 de agosto de 2008, após uma *vacatio legis* de 60 dias.

O art. 400 do CPP passou a dispor que na audiência de instrução e julgamento, deve-se ouvir as declarações do ofendido, proceder a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem, os esclarecimentos do perito, as acareações, ao reconhecimento de pessoas e coisas e, em seguida, interrogar o acusado.

O interrogatório do réu - considerado meio de defesa - passou a ser o último ato processual da instrução criminal. A oitiva do acusado ao final da instrução visa possibilitar uma melhor defesa, considerando-se que o quadro probatório está praticamente concluído. Permite-se ao acusado exercer com mais propriedade a auto-defesa. Na dicção de Guilherme de Souza Nucci (*Código de Processo Penal comentado*, nota 65 ao art. 400) '...é a consagração da auto-defesa, como corolário da ampla defesa'.

Destaca-se que, diante do princípio da imediatidade da lei processual penal, consagrado no art. 2º do CPP, as leis processuais penais, após a entrada em vigor, têm aplicação imediata.

Não obstante, no caso *sub judice*, na data de 22.08.2008, quando a Lei nº 11.719//2008, encontrava-se em plena vigência, realizou-se interrogatório de um co-réu, antes da oitiva da vítima e das testemunhas de acusação e defesa, infringindo o disposto no art. 400 do CPP.

A inobservância da ordem da prática dos atos na instrução processual afronta os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A inversão do momento do interrogatório do corréu causou prejuízos ao paciente, tendo em vista a delação ocorrida, o que influencia na sua defesa e na produção de provas de seu interesse.

É que a delação ou chamada do corréu deverá ocorrer após a produção de todas as demais provas resultantes do contraditório, para que possa verificar com maior credibilidade a delação, evitando-se que ocorra uma pré-valorização das provas a serem produzidas pelo réu delatado.

Por outro lado conforme a redação do art. 196 do CPP, a todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório. O balizamento significa, portanto, que tal faculdade se exerça somente após a realização do primeiro interrogatório, em momento processual adequado.

É certo que a prática dos atos processuais sem a correta observância da ordem estabelecida na legislação, viola os princípios do devido processo legal do contraditório e da ampla defesa, tratando-se de nulidade absoluta.

Diante do exposto, concedo a ordem para declarar a nulidade do interrogatório do corréu Moisés Lopes Teixeira, realizado em 22.08.2008 e, conseqüentemente, dos demais atos processuais subseqüentes constantes nos autos do processo nº 0625.07.066253-5.

Pede, liminarmente, a suspensão da ação penal. E, no mérito, pleiteia a anulação do interrogatório, determinando-se a observância do procedimento comum ordinário. Requer, por fim, a intimação da data da sessão de julgamento.

A liminar foi deferida, f. 188-190, para assegurar ao paciente e a todos os demais corréus nova realização de seus interrogatórios ao cabo da instrução penal. Requerida a ampliação do deferimento da liminar para determinar, ainda, a suspensão da ação penal, foi o pleito indeferido, f. 213.

Informações foram prestadas às f. 200-212, 227-238 e 245-247.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, f. 245-247, da lavra do Subprocurador-Geral da República Henrique Fagundes Filho, opinando pela concessão da ordem.

Segundo as últimas informações, a ação penal, ultimada a instrução, encontra-se na fase de colheita de interrogatórios.

É o relatório.

Voto

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - O objeto da impetração cinge-se à verificação de ilegalidade consistente na ausência de imediata aplicação da Lei nº 11.719/08 a processo penal em curso.

O juiz de primeiro grau assentou:

É notório que o interrogatório é reconhecido mais como peça de defesa do que de ataque. No interrogatório o acusado tem a oportunidade de dar a sua versão dos fatos ou até mesmo, como fez Paulo Norberto, de ficar calado e nada responder.

A Lei 11.719/08, em boa hora, e reconhecendo o interrogatório como peça de defesa, disse que, ao final o réu será interrogado. O objetivo do legislador foi estabelecer um novo momento em que o Juiz obrigatoriamente interrogará o réu para que ele possa comentar as provas produzidas contra si ou a seu favor durante a oitiva das testemunhas e provas técnicas produzidas.

Em momento algum se tira do juiz o direito de interrogar o réu antes ou durante a instrução (f. 102).

Como se depreende da ata da audiência de 22 de agosto de 2008, quando já em vigor a Lei 11.719//2008, o magistrado de primeiro grau insistiu em realizar audiência de interrogatório, apontando que ao juiz é dado estabelecer quando realizará o interrogatório.

Todavia, o contido no art. 196 do Código de Processo Penal, em verdade, conferia ao julgador a possibilidade de reinterrogar o réu, de ofício ou a pedido das partes. Tal somente se justificava na sistemática anterior, na qual o interrogatório representava meio de prova, empreendido no limiar do procedimento.

Todavia, com as reformas processuais penais de 2008, o texto legal passou a bem sintonizar-se com a Carta Magna, que, a bem do modelo acusatório, consagrou o interrogatório efetivamente como meio de defesa. Portanto, não se me afigura apropriado que o

momento do interrogatório possa ficar ao talante do magistrado.

Neste sentido:

Somente ao final da instrução, isto é, após as declarações do ofendido, de todas as testemunhas, dos peritos, realizados os reconhecimentos e eventuais acareações, é que se passará ao interrogatório do acusado. É evidente que não se obriga o acusado a se manifestar, mas, para que ele possa verdadeiramente exercer o seu direito à autodefesa, era primordial que houvesse essa modificação legislativa, iniciada na Lei 9.099/95, a fim de permitir que ele pudesse dar a sua versão dos fatos ao final (SANTOS, Leandro Galluzi. *As reformas no processo penal*. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 331).

Na jurisprudência desta Corte, a ressonância dos novos ventos reformadores é sensível, *verbis*:

Processual penal. *Habeas corpus*. Formação de quadrilha. Uso de sinal público falsificado. Falsificação de documento público. Falsidade ideológica. Uso de documento falso. Uso de documento alheio. Inserção de dado falso em sistema de informações. Corrupção passiva. Nulidade do interrogatório. Tribunal *a quo* que examinou a hipótese com base em lei revogada. Lei, todavia, vigente no momento da realização do ato impugnado. Ausência de mácula. Ato processual realizado sem a presença do defensor constituído. Nomeação de defensor dativo. Causídico constituído que possuía motivação idônea para não comparecer. Compromisso agendado com Ministro do STJ na mesma época. Possibilidade de confirmação pelo juízo. Ofensa à garantia constitucional da ampla defesa. Nulidade do interrogatório. Atos posteriores que, todavia, devem ser convalidados. Lei 11.719/2008 que colocou o interrogatório como último ato da instrução. Realização de novo interrogatório nessas condições que dispensa a anulação dos atos posteriores àquele nulo. Ordem parcialmente concedida.

1. 'A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior' (artigo 2º do Código de Processo Penal).

2. Por isso, suscitada a nulidade do interrogatório pela defesa, válida a apreciação pelo Tribunal *a quo* com base na redação revogada do artigo 265 do Código de Processo Penal, posto que vigente na época em que o ato tipo por nulo foi realizado.

3. Havendo o defensor constituído pelo acusado deixado de comparecer à audiência de interrogatório, porém, manifestando-se com razoável antecedência pela impossibilidade de se fazer presente, tendo em vista o agendamento de compromisso com Ministro deste Superior Tribunal de Justiça na mesma época, o que poderia ser facilmente comprovado pelo Magistrado de 1ª Instância, a continuação da audiência mediante designação de defensor dativo configura nulidade, por afrontar a garantia constitucional da ampla defesa.

4. Todavia, ante a entrada em vigor da Lei 11.719/2008, responsável, dentre outras mudanças, pela colocação do interrogatório como último ato da instrução, devem permanecer hígidos os atos posteriores ao interrogatório tido por nulo, cabendo ao Magistrado singular tão-somente proceder a nova inquirição do paciente ao final da instrução.

5. Ordem parcialmente concedida.

(HC 120.197/PE, Rel.ª Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), Sexta Turma, julgado em 03.02.2009, DJe de 16.02.2009).

Cumprе mencionar, por fim, o seguinte excerto do parecer ministerial:

In casu, na data designada para interrogatório dos réus, já se encontrava em vigor a novel legislação, tendo a defesa requerido em momento oportuno a sua aplicação imediata, de sorte a deslocar o ato de auto-defesa para o final da instrução criminal. O deferimento do pedido, ao contrário do que afirmado pela Corte *a quo*, não representaria a perda de nenhum ato processual já praticado e era, ressaltasse, medida que se impunha, em obediência aos princípios da ampla defesa e da imediatidade da aplicação da lei processual penal.

É certo, por outro lado, que o princípio *pas de nullité sans grief*, como corolário da natureza instrumental do processo, deve orientar todo o sistema de nulidades processuais, inclusive, sempre que possível, o regime das nulidades absolutas. Conquanto assim seja, não se pode exigir, no caso *sub examine*, a demonstração do prejuízo, justamente pela dificuldade de sua comprovação.

Ora, é de prova impossível a demonstração de que, caso realizado o interrogatório ao final da instrução probatória, na espécie, teriam os réus exercido de maneira mais satisfatória a sua auto-defesa. Com efeito, deve nos bastar a presunção de que o interrogatório realizado após a produção de todas as demais provas resultantes do contraditório possibilita uma defesa mais ampla, sendo mais benéfico ao réu.

Com isso, é de se reconhecer a nulidade absoluta dos atos processuais praticados com inobservância do rito processual em vigor, notadamente, por ter havido prejuízo à defesa, oportunamente suscitado pelos defensores.

5. Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pela concessão da ordem (f. 218-219).

Acredito que, na espécie, assegurar-se a realização do interrogatório ao cabo do feito põe cobro à irregularidade noticiada, não sendo o caso de se promover a anulação do inicial interrogatório, até mesmo porquanto não se divisa qual seria o prejuízo.

Segundo a melhor doutrina:

Afirma-se que as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo costuma ser evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece correto em todos os casos, pois as presunções levam normalmente à inversão do ônus da prova, o que pode não ocorrer quando a ocorrência do dano não oferece dúvida [...].

No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E, nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta (GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 31).

Ora, anular-se toda a instrução concretizada, na qual se efetivou o contraditório e a ampla defesa, justamente para, repetir-se o interrogatório ao final, soa a desazo. Retoma-se, neste particular, a lição dos mesmos doutrinadores:

A exigência de que a atividade processual seja realizada segundo modelos legais sofre temperamentos, ditados sobretudo por razões de economia processual; não apenas no processo, mas em todas as atividades, é sempre desejável obter-se o máximo de resultados com o mínimo de esforço.

O princípio da instrumentalidade das formas demanda, por sua vez, que a técnica processual - entendida como mecanismos processuais e formalidades do processo - seja colocada a serviço dos objetivos maiores do processo, cuja finalidade é solucionar a crise verificada no plano do direito material. É o princípio da efetividade do processo - entendido como aptidão para a produção concreta dos resultados que dele se esperam -, constituindo a grande preocupação do processualista moderno, permite que a técnica processual seja flexibilizada de maneira a não colocar entraves inúteis ao atingimento da solução da controvérsia.

Essa postura, entretanto, jamais pode indicar o sacrifício da defesa, no processo penal, em que as formalidades devem sempre ser observadas, quando tenha dimensão de garantia (Op. cit., p. 35-36).

Desta forma, apura-se que o pleito encontra-se em sintonia com a compreensão firmada por esta Corte.

Ante o exposto, acolhido o parecer ministerial e ratificada a liminar, concede-se a ordem, em menor extensão, para assegurar ao paciente e aos demais corréus o direito de serem interrogados ao cabo da ação penal, como determina a sistemática processual estabelecida pela Lei 11.719/08.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.”

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 26 de abril de 2011. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no DJe de 04.05.2011.)

• • •