



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 763541 - RJ (2022/0252954-8)

RELATOR : **MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : D P M (PRESO)

CORRÉU : A A DA S

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão assim ementado (fls. 81-83):

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO PELA PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº. 11.343/2006, APLICANDO AO ADOLESCENTE A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. APELA A DEFESA SUSCITANDO PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA DO FEITO, EM RAZÃO NA INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, BEM COMO A NULIDADE EM RAZÃO DA LEITURA DA REPRESENTAÇÃO EM AUDIÊNCIA, ANTES DA INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. SUBSIDIARIMANTE REQUER A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. AS PRELIMINARES MERECEM PRONTA REJEIÇÃO. FRISA-SE QUE O EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNA DE JUSTIÇA TEM ENTENDIMENTO PACIFICADO NO SENTIDO DA REALIZAÇÃO DA OITIVA DO INFRATOR ANTES DO DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS, CONFORME DISPÕE O ARTIGO 184 DO ECA, POR TER REGIMENTO PRÓPRIO, NÃO SE APLICANDO, NA PRESENTE HIPÓTESE, O ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO HÁ QUE FALAR, PORQUANTO, EM NULIDADE DO FEITO POR SUPOSTO CERCEAMENTO DE DEFESA, EM RAZÃO DO INTERROGATÓRIO TER SIDO REALIZADO ANTES DA COLHEITA DAS PROVAS, VEZ QUE A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA EM UM ÚNICO ATO, COM A JUNÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE APRESENTAÇÃO E EM CONTINUAÇÃO, NÃO IMPORTA EM OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, BEM COMO NÃO VIOLA NENHUMA NORMA PREVISTA NO ARTIGO 186 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DO MESMO MODO, NO QUE SE REFERE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL DO PRESENTE FEITO, ANTE A LEITURA DA REPRESENTAÇÃO, PARA O REPRESENTADO E PARA AS TESTEMUNHAS, NO INÍCIO DA AUDIÊNCIA. ISSO PORQUE NÃO HÁ NA LEI QUALQUER TIPO DE VEDAÇÃO DA LEITURA DA EXORDIAL PARA AS TESTEMUNHAS, AS QUAIS PRECISAM TER CIÊNCIA DOS FATOS SOBRE OS QUAIS IRÃO DEPOR. POR FIM, ADEQUADA A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. COMPULSANDO OS AUTOS, VERIFICA-SE

QUE O APELANTE NÃO DEMONSTRA CAPACIDADE DE CUMPRIR MEDIDA SOCIOEDUCATIVA MAIS BRANDA QUE A SEMILIBERDADE, NÃO SÓ EM RAZÃO DA GRAVIDADE E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DOS ATOS INFRACIONAIS PRATICADOS, NO CASO, ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, SENDO, PORTANTO, NECESSÁRIA A MANUTENÇÃO DA MEDIDA QUE LHE FORA IMPOSTA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Ao paciente foi aplicada medida socioeducativa de semiliberdade pela prática de ato infracional análogo a ao crime de tráfico de drogas.

A impetrante sustenta ilegalidade da decisão por violação do direito a ampla defesa, tendo em vista que o interrogatório do menor se deu antes da colheita de provas.

Alega que esta é a única passagem do paciente pela justiça, não tendo se envolvido anteriormente com qualquer ato infracional, o que torna excessiva a aplicação da medida de semiliberdade.

Requer que o paciente seja colocado em liberdade e que seja declarado a nulidade do feito ou a substituição da medida por uma mais branda.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração.

O entendimento esposado no acórdão, no sentido de que: "Não há que falar, porquanto, em nulidade do feito por suposto cerceamento de defesa, em razão do interrogatório ter sido realizado antes da colheita das provas, vez que a realização de audiência em um único ato, com a junção das audiências de apresentação e em continuação, não importa em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como não viola nenhuma norma prevista no artigo 186 do Estatuto da Criança e do Adolescente" (fl. 88), destoa da jurisprudência desta Corte.

Há entendimento exarado em precedente da Suprema Corte, para o qual o interrogatório do réu, no caso, do representado, deve ser o último ato de instrução, na audiência de instrução e julgamento, nos termos fixado no art. 400 do CPP, inclusive para os procedimentos penais regidos por legislações especiais, ressalvados os processos já sentenciados em 3/3/2016 (data do julgamento do HC n. 127.900/AM):

Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem

denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b).

2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa.

3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302).

4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

5. Por ser mais benéfica (lex mitior) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal.

6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14.

7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado (HC n. 127.900/AM, Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno do STF, DJe 3/8/2016)

Na esteira da orientação da Suprema Corte, a Sexta Turma do STJ entende ser prescindível a comprovação de prejuízo da parte, em relação à ilegalidade de interrogatório do réu que tenha sido realizado no início da instrução, como no caso, pois "não há, num processo penal, prejuízo maior do que uma condenação resultante de um procedimento que não respeitou as diretrizes legais e tampouco observou determinadas garantias constitucionais do réu (no caso, a do contraditório e a da ampla defesa)" – REsp n. 1.825.622/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 28/10/2020. Confira-se a íntegra da ementa do mencionado julgado:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO

DA INSTRUÇÃO. MAIOR EFETIVIDADE A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Por ocasião do julgamento do HC n. 127.900/AM, ocorrido em 3/3/2016 (DJe 3/8/2016), o Pleno do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do Código de Processo Penal, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais. Isso porque a Lei n. 11.719/2008 (que deu nova redação ao referido art. 400) prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em legislação especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado (lex mitior).

2. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica dos feitos já sentenciados (CR, art. 5º, XXXVI), houve modulação dos efeitos da decisão: a Corte Suprema estabeleceu que essa nova orientação somente deve ser aplicada aos processos cuja instrução ainda não se haja encerrado.

3. Se nem a doutrina nem a jurisprudência ignoram a importância de que se reveste o interrogatório judicial - cuja natureza jurídica permite qualificá-lo como ato essencialmente de defesa -, não é necessária para o reconhecimento da nulidade processual, nos casos em que o interrogatório do réu tenha sido realizado no início da instrução, a comprovação de efetivo prejuízo à defesa, se do processo resultou condenação. Precedente.

4. O interrogatório é, em verdade, o momento ótimo do acusado, o seu "dia na Corte" (day in Court), a única oportunidade, ao longo de todo o processo, em que ele tem voz ativa e livre para, se assim o desejar, dar sua versão dos fatos, rebater os argumentos, as narrativas e as provas do órgão acusador, apresentar álbis, indicar provas, justificar atitudes, dizer, enfim, tudo o que lhe pareça importante para a sua defesa, além, é claro, de responder às perguntas que quiser responder, de modo livre, desimpedido e voluntário.

5. Não há como se imputar à defesa do acusado o ônus de comprovar eventual prejuízo em decorrência de uma ilegalidade, para a qual não deu causa e em processo que já lhe ensejou sentença condenatória. Isso porque não há, num processo penal, prejuízo maior do que uma condenação resultante de um procedimento que não respeitou as diretrizes legais e tampouco observou determinadas garantias constitucionais do réu (no caso, a do contraditório e a da ampla defesa).

6. Uma vez fixada a compreensão pela desnecessidade de a defesa ter de demonstrar eventual prejuízo decorrente da inversão da ordem do interrogatório do réu, em processo do qual resultou a condenação, também não se mostra imprescindível, para o reconhecimento da nulidade, que a defesa tenha alegado o vício processual já na própria audiência de instrução.

7. Porque reconhecida a nulidade do interrogatório do recorrente, com a determinação de que o Juízo de primeiro grau proceda à nova realização do ato, fica prejudicada a análise das demais matérias suscitadas neste recurso (reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, fixação do regime aberto e substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos).

8. Recurso especial provido, para anular o interrogatório do recorrente e determinar que o

Juízo de primeiro grau proceda à nova realização do ato (Processo n. 0000079-90.2016.8.26.0592, da Vara Criminal da Comarca de Tupã - SP)

(REsp n. 1.825.622/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 28/10/2020)

Nesse sentido, colacionam-se ainda precedentes de ambas as Turmas Criminais desta Corte:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INTERROGATÓRIO DOS RÉUS ANTES DO RETORNO DAS CARTAS PRECATÓRIAS PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS. NULIDADE ALEGADA A TEMPO E MODO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO HC-585.942/MT (3ª SEÇÃO). RECURSO PROVIDO.

1. Inicialmente, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça consolidou-se no sentido de que, "na hipótese de oitiva de testemunha que se encontra fora da jurisdição processante, a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, razão pela qual o togado singular poderá dar prosseguimento ao feito, em respeito ao princípio da celeridade processual, procedendo à oitiva das demais testemunhas, ao interrogatório do acusado e, inclusive, ao julgamento da causa, ainda que pendente a devolução da carta pelo juízo deprecado" (AgRg no RMS 33361/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012).

2. No entanto, revendo meu entendimento inicial, observei que a exceção permitida pelo art. 222 do CPP somente se referia à inquirição das testemunhas mediante carta precatória, não tendo aplicação sobre a colheita do interrogatório do réu, o qual deve ser realizado ao final da instrução de acordo com o procedimento descrito no art. 400 do Código de Processo Penal, aplicado inclusive aos procedimentos especiais (HC-127.900/STF), e em conformidade com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (HC-481.490/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe de 19/12/2018).

3. Atualmente é assente o entendimento de que o interrogatório do acusado é instrumento de defesa, o que, em uma perspectiva garantista, pautada na observação dos direitos fundamentais, proporciona máxima efetividade se realizado ao final da instrução.

De fato, a concretização do interrogatório antes da oitiva de testemunhas e da vítima priva o acusado do acesso à informação, já que se manifestará antes da produção de parcela importante de provas. Além disso, reflete diretamente na eficácia de sua reação e na possibilidade de influenciar o julgamento, não lhe permitindo refutar, ao menos diretamente (autodefesa), questões apresentadas com a oitiva de testemunhas e do ofendido. A inversão do interrogatório, portanto, promove nítido enfraquecimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, indevido, ao meu ver, no âmbito da persecução penal. Nessa perspectiva, ao dispor que a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal, § 1º do art. 222 do CPP não autorizou, no meu sentir, a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do CPP, vale dizer, ao final da instrução. Oportuno ressaltar que o art. 222 do CPP está inserido em capítulo do Código de Processo Penal voltado ao procedimento relacionado às testemunhas (capítulo VI do Código de Processo Penal - das testemunhas), e não com o interrogatório do acusado (HC-585.942/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 9/12/2020).

4. Na espécie, observa-se, de acordo com as informações prestadas pelo magistrado de

primeiro grau, que a defesa impugnou a inversão da ordem do interrogatório a tempo e modo, o que afasta a preclusão.

5. Recurso ordinário em habeas corpus provido para anular o feito desde a decisão que encerrou a instrução criminal, determinando-se a realização dos interrogatórios como o último ato da instrução

(RHC 137.339/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 17/12/2020).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SENTENÇA. TRÁFICO DE DROGAS (13 G DE MACONHA) E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE PROCESSUAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 400 DO CPP. ENTENDIMENTO EXARADO PELO STF NO JULGAMENTO DO HC N. 127.900/AM. PRECEDENTE DO STJ. ILEGALIDADE MANIFESTA EVIDENCIADA. AGRAVO PROVIDO.

1. A alegação de nulidade processual dever ser conhecida, pois foi objeto de insurgência da defesa na audiência de instrução, em preliminar das alegações finais e apelação.

2. A Sexta Turma desta Corte entende ser prescindível a comprovação de prejuízo da parte, em relação à ilegalidade de interrogatório do réu tenha sido realizado no início da instrução, pois não há, num processo penal, prejuízo maior do que uma condenação resultante de um procedimento que não respeitou as diretrizes legais e tampouco observou determinadas garantias constitucionais do réu (no caso, a do contraditório e a da ampla defesa) - REsp n. 1.825.622/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 28/10/2020.

3. Nesse sentido, tem-se o entendimento exarado em precedente da Suprema Corte, para o qual o interrogatório do réu deve ser o último ato de instrução, na audiência de instrução e julgamento, nos termos fixado no art. 400 do CPP, inclusive para os procedimentos penais regidos por legislações especiais, ressalvados os processos já sentenciados em 3/3/2016, data do julgado pelo STF (HC n. 127.900/AM, Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno do STF, DJe 3/8/2016). In casu, a instrução processual foi encerrada, e a sentença, prolatada em 14/11/2017.

4. Agravo regimental provido para anular o interrogatório do agravante nos Autos n. 0021515-54.2017.8.19.0014, da 2ª Vara Criminal da comarca de Campos de Goytacazes/RJ, devendo o Juízo de primeiro grau proceder a nova realização do ato processual.

(AgRg no HC 505.524/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 18/02/2021).

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para anular apenas o interrogatório do paciente, determinando que o Juízo processante proceda a nova oitiva do representado, como último ato da instrução, nos termos do art. 400 do CPP, preservados os demais atos instrutórios. Concedo a liberdade ao menor até a prolação da nova sentença.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 30 de novembro de 2022.

OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

Relator