

HABEAS CORPUS 176.332 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

PACTE.(S): [REDACTED] IMPTE.(S) :DIOGO DE
PAULA PAPEL COATOR(A/S)(ES) :SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de medida cautelar, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no julgamento do EDcl no AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.437.945/SP, submetido à relatoria do Ministro NEFI CORDEIRO.

Consta dos autos, em síntese, que o paciente foi condenado ao cumprimento de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a pena por duas restritivas de direitos, pela prática do crime descrito no art. 311, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, (Doc. 2 – fls. 40/48).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de Apelação junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe negou provimento, em acórdão assim ementado (Doc. 2 – fls. 62-88 – Processo 000671365.2015.8.26.0066):

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO.
ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE
VEÍCULO AUTOMOTOR (FORMA TENTADA).
CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA.**

Apelo defensivo arguindo preliminar de nulidade por inversão na colheita das provas, absolvição por falta de provas e pedido subsidiário de incremento da fração redutora da tentativa. Desprovimento.

1. Inexistência de nulidade pela inversão na colheita das provas. Malgrado o teor do art. 400 do CPP, a concentração de atos processuais de caráter instrutório deu-se antes do interrogatório do **réu**, não se vislumbrando prejuízo à ampla defesa, garantia a se compatibilizar com os **princípios da economia processual e duração razoável do processo**, também

de acento constitucional. A realização da oitiva da vítima não gerou prejuízo que se visse demonstrado no caso em tela (*pas de nullité sans grief* – art. 563 CPP). Ademais, a prova foi colhida por precatória, o que comporta uma exceção à ordem procedimental regular, por força do **princípio da especialidade**, na regra do art. 222, § 1º, do CPP, como já reconhecido por ocasião do julgamento do *writ* – HC 16.2097759-71. Precedentes.

2. Aptidão do acervo probatório. Materialidade derivada das provas técnicas e orais. Presença de mixa mantendo o automóvel ligado (aptidão pericialmente provada) e depoimentos da vítima C.A.F.S. e dos policiais militares comprovando a pertinência das acusações. Autoria certa, haja vista o flagrante próprio e o teor das provas orais. Policial. Valor testemunhal. Precedentes. Inadmissibilidade de *descrimen* negativo num Estado democrático de Direito.

3. Inviabilidade em maior redução pela tentativa. Demonstrando as provas que o **acusado**, atuando em comparsaria com menor, já havia substituído as placas frontais do automóvel e estava prestes a fazer o mesmo com a traseira, há forte grau de aproximação, no *iter criminis*, com a consumação, daí a pertinência da redução mínima. Negado provimento.

(destaques no original)

A defesa, então, interpôs Recurso Especial que, inadmitido na origem (Doc. 2 – fls. 109 e ss.), ascendeu ao Superior Tribunal de Justiça por meio de Agravo, ao qual foi negado provimento (Doc. 3), em decisão integralmente mantida pelo colegiado no julgamento do subsequente Agravo Regimental, conforme ementa (Doc. 5):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO. INVERSÃO NA ORDEM DE OITIVA DE VÍTIMA E INTERROGATÓRIO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A inversão da oitiva de testemunhas e interrogatório não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, e ausente a demonstração de prejuízo.

2. Agravo regimental improvido.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados (Doc. 7).

Nesta ação, a defesa argumenta que: **(a)** *cuida-se de nulidade resultante do não cumprimento do artigo 400, caput, do Código de Processo Penal, na medida em que a vítima fora ouvida posteriormente ao Paciente, porquanto, segundo a d. juíza de piso – acompanhada pelas Cortes inferiores –, entendeu que a carta precatória para ouvir a vítima não suspende o interrogatório do réu* (Doc. 1 – fl. 4); **(b)** *os princípios do contraditório e da ampla defesa interpretados à luz do artigo 400 do CPP elevam o interrogatório como último ato da colheita de prova* (Doc. 1 – fl. 5); **(c)** *não há falar na incidência do artigo 222, §1º, do CPP, porque ‘a aplicação cega do artigo 222, §1º, do Código de Processo Penal poderia nos levar à conclusão de que a pendência de uma carta precatória destinada a ouvir uma testemunha não impediria que o juízo deprecante procedesse ao interrogatório do acusado’.* Pelo contrário, além do texto normativo relativizar a ordem da oitiva das testemunhas, e nada dizer sobre a vítima, é óbvio que isto não alcançará o interrogatório, que é o último ato da instrução processual (Doc. 1 – fl. 5); e **(d)** *o v. acórdão recorrido faz robusta menção às declarações da vítima, a fim de constatar a materialidade delitiva e a responsabilidade do Paciente* (Doc. 1 – fl. 6).

Requer, assim, a concessão da ordem, para *anular o ato processual impugnado para que outro seja realizado à luz do artigo 400, caput, do CPP* (Doc. 1 – fl. 8).

É o relatório. **Decido.**

Conforme relatado, a presente impetração está centrada na alegação de nulidade decorrente do fato de o interrogatório do réu ter ocorrido antes da oitiva do ofendido, que se deu por meio de precatória.

Ao rechaçar a tese defensiva, o Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou (Doc. 5 – destacado como no original):

No especial, sustenta violação ao art. 400 do Código de Processo Penal e pugna pelo reconhecimento de nulidade da instrução ao argumento de que o interrogatório foi realizado antes da oitiva da vítima.

A Corte local assim se pronunciou no ponto (fls. 475/476):

Analísado o caso concreto, percebe-se, primeiro, que todos os atos de dilação probatória foram produzidos antes do interrogatório do acusado, em estrita atinência à regra do artigo 400 do Código de Processo Penal, À EXCEÇÃO EXCLUSIVA DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA, Claudivino da Silva (mídia anexa). Portanto, substancialmente, não caberia, de plano, cogitar de prejuízo ao réu, uma vez que a garantia da autodefesa, da qual dimana tem, como regra, a realização do interrogatório como derradeiro ato instrutório. A formação do acervo condenatório concentrou-se antes da colheita da versão do libelado em juízo, quando rompeu o silêncio da fase inquisitiva (fls. 08), não se comprometendo, portanto, qualquer garantia pela realização de uma única prova, que não foi especificamente utilizada na consolidação do juízo condenatório. Para que se prosperasse, teria sido necessário demonstrar o inequívoco prejuízo à parte, meramente arguido, contudo (princípio do pas de nullité sans grief, conforme o disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal), o que tampouco se observou na espécie. A mera exortação às regras formais do processo não se compatibilizam com as diretrizes contemporâneas, avessas a excessivos formalismos em prol de uma decisão célere, como requisito *sine qua non* de justiça. Assim, por certo, a realização da oitiva da vítima, por precatória, atendeu nesse caso específico, convém gizar aos princípios da economia processual e da duração razoável do processo, ambos de lastro constitucional, justificando-se, assim, a medida adotada no caso em testilha, por essa perspectiva.

Convém obtemperar, noutro giro, que a oitiva da vítima Claudivino da Silva foi como já alertado aqui realizada POR CARTA PRECATÓRIA. E, evitando-se reiterar o entendimento que já consolidei por ocasião do julgamento de habeas corpus, visando ao adiamento do interrogatório do réu para depois da colheita daquela prova (HC 16.2097759-71 inicial, fls. 307/313; decisão de indeferimento da liminar, fls. 314/317; certidão de

resultado, informando a denegação da ordem, fls. 388), é certo que a vertente hipótese constitui EXCEÇÃO à ordem regular de realização dos atos processuais, incidindo, nesse caso, a regra do critério da especialidade (a norma específica derroga a geral *lex specialis derogat generali*), por EXPRESSA DETERMINAÇÃO do artigo 222, § 1o, do Código de Processo Penal. Anoto, por oportuno, que o referido habeas corpus, cuja ordem foi denegada no seio dessa C. Câmara Criminal por unanimidade JÁ TRANSITOU EM JULGADO, registrado pela certidão de 17/09/2016, consoante informações colhidas junto ao sítio oficial dessa E. Corte.

O entendimento do acórdão combatido harmoniza-se com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e interrogatório não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, tal como ocorre na espécie. Confira-se: [...]

Outrossim, a Lei Processual Penal em vigor adota, em sede de nulidades processuais, o princípio da *pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte, o que, conforme as premissas delineadas no acórdão, não ocorreu, na espécie. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes: [...]

De fato, o entendimento recente desta Corte é no sentido de que a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e interrogatório não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, tal como ocorre na hipótese, e quando ausente a demonstração de prejuízo.

Com efeito, consoante assentado no acórdão atacado, o agravante não logrou demonstrar prejuízo, porquanto *A formação do acervo condenatório concentrou-se antes da colheita da versão do libelado em juízo, quando rompeu o silêncio da fase inquisitiva (fls. 08), não se comprometendo, portanto, qualquer garantia pela realização de uma única prova, que não foi especificamente utilizada na consolidação do juízo condenatório. Nesse sentido: [...]*

Na presente hipótese, flagrante o desrespeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois o interrogatório do paciente não foi o último ato da instrução processual; mesmo havendo pedido expresso da defesa, em momento processual adequado, para que “que o interrogatório do réu [fosse] realizado após a oitiva da vítima Claudivino Aparecido Ferreira da Silva” (Doc. 2 – fls. 511).

A Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal, que remonta à *Magna Charta Libertatum* de 1215, de vital importância no direito anglo-saxão. Igualmente, o art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, garante que

“todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Inovando em relação às antigas Cartas, a Constituição atual referiu-se expressamente ao *devido processo legal*.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, direito de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

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), aplicando-se inclusive ao processo administrativo, para a apuração de ato infracional cometido por criança ou adolescente (art. 103 e ss., ECA), na medida em que seu objetivo é a aplicação de medida socioeducativa pela conduta infracional, a qual se assemelha à imposição de sanção administrativa.

Por *ampla defesa* entende-se a salvaguarda que é dada ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou de calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

A relação de antagonismo entre as versões da acusação e da defesa e a necessidade da condução dialética do processo não deixam dúvidas sobre quem tem o “*direito de falar por último*”: o acusado.

O direito de falar por último está contido no exercício pleno da ampla defesa englobando a possibilidade de refutar TODAS, absolutamente TODAS as informações, alegações, depoimentos, insinuações, provas e indícios em geral que possam, direta ou indiretamente, influenciar e fundamentar uma futura condenação penal.

Logo, o réu tem o direito de falar por último sobre todas as imputações e provas que possam levar a sua condenação, conforme consagrado em todos os ordenamentos jurídicos democráticos.

O ordenamento jurídico italiano, por exemplo, ao estabelecer o desenvolvimento da discussão processual, no Capítulo V, do artigo 523 do Código Processual, estabelece no item 5, que “*De qualquer forma, o acusado e o defensor devem ter, sob pena de nulidade, a última palavra, se o solicitarem*”.

O ordenamento jurídico espanhol, igualmente, consagrou que sempre haverá vulneração à ampla defesa e um prejuízo real e efetivo aos interesses do réu se não puder impugnar todos os argumentos apresentados, ou seja, se lhe for negado o direito à última palavra, com o conhecimento prévio e pleno de toda a atividade probatória realizada e de todos os argumentos apresentados e que possam ter influência em sua eventual condenação.

Nas Sentenças 181/1994, 29/1995, 91/2000, 13/2006 e 258/2007, o Tribunal Constitucional da Espanha estabeleceu que o “*direito à última palavra*” no processo penal deve ser do acusado, que deve ter a oportunidade final de apresentar suas argumentações como garantia efetiva do princípio da ampla defesa.

Na Alemanha, o Código de Processo Penal alemão (StPO), em sua Seção 258, 2, determina que O RÉU TERÁ SEMPRE A ÚLTIMA PALAVRA (“*O promotor público tem o direito de responder; o réu terá a última palavra*”), em todos os procedimentos penais, inclusive nas hipóteses de delações e Justiça Premial (BGH 4 StR 240/97 - Urteil vom 28. August 1997 – LG Dortmund; BGH GSSt 1/04 - Beschluss vom 3. März 2005 – LG Lüneburg/LG Duisburg).

Na América do Sul, a Corte Constitucional colombiana consagrou ao acusado, com base na ampla defesa, o denominado “*último turno de intervenção argumentativa*” (Corte Constitucional mediante Sentencia C651 de 2011; Corte Constitucional mediante Sentencia C-616, de 2014).

O devido processo legal, ampla defesa e contraditório, portanto, exigem que o réu se manifeste após ter o pleno conhecimento de toda a atividade probatória realizada durante o processo, podendo contraditar todos os argumentos trazidos nos autos.

Não foi outro o entendimento da Suprema Corte Americana, no caso *Crawford vs. Washington* (2003), onde decidiu que toda prova utilizada para comprovar a veracidade de fatos somente poderá ser admitida em juízo se o destinatário da imputação tiver a oportunidade de examinar e contestar seu integral teor. Esse é o mesmo posicionamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em diversas decisões (*Asch vs. Áustria*, 1991; *Isgrò vs. Itália*, 1991; *Kostovski vs. Países Baixos*, 1989; *Camilleri vs. Malta*, 2013).

O réu tem o direito de examinar cada um dos fatos que lhe são imputados, assim como as provas que os amparam, e também o direito de contestar, posteriormente, seu inteiro teor; ou seja, o “*direito de falar por último*”.

Toda imputação relativa à comprovação do fato criminoso somente poderá ser fundamento para a sentença condenatória se o acusado tiver oportunidade posterior, adequada e suficiente para contestar seu inteiro teor.

Nesse sentido, o Plenário desta CORTE, reiterando a consagração da plena efetividade do contraditório e da ampla defesa, no julgamento do HC 127.900, determinou a obrigatoriedade de realização do interrogatório ao final da instrução processual (HC 127.900, Rel.Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 3/8/2016).

Dessa forma, a negativa de pedido expresso da defesa caracterizou flagrante desrespeito ao devido processo penal, à ampla defesa e ao contraditório, pelo que CONCEDO A ORDEM DE *HABEAS CORPUS* para anular a decisão de 1º grau, determinando a realização de novo interrogatório, como último ato da instrução, com sequência regular das demais fases processuais.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 17 de outubro de 2019.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

Documento assinado digitalmente