

## Diogo Papel: STJ que critica tribunais é o mesmo que se autopolicia?

Imaginamos não ser novidade para ninguém que o famigerado princípio *pas de nullité sans grief*, de livre circulação entre os tribunais brasileiros, é muito aceito e pouco criticado. Aliás, se, de um lado, Aury Lopes Júnior explica que “o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido”[1]; é muito comum atribuir à defesa do acusado o ônus de comprovar eventual prejuízo em decorrência de uma ilegalidade cometida pelo magistrado condutor do processo, de outro.

O fato é que *essa ideia de prejuízo*, para além de descabida, é falsa. Ela tem uma explicação mais acadêmica e, para ficar num recorte mais recente da história brasileira, basta dizer que o sustentáculo dessa ideologia se originou do CPP 1941. Eugênio Pacelli de Oliveira, no ponto, lembra que este foi *construído* a partir de uma mentalidade tipicamente policlesca, totalitária, cujo princípio norteador daquela época era o da presunção de culpabilidade[2].

Influenciado pela *cultura italiana* de Mussolini, portanto, o CPP brasileiro já deixa expresso para o que veio em sua exposição de motivos, cuja resenha adota-se de Nereu José Giacomolli:

“(…) foi a neutralização do imputado, em face do poder acusatório do Estado, a submissão do réu às necessidades do Estado e às necessidades de poder acusatório, persecutório e punitivo. Portanto, na esfera criminal, pela utilização do processo penal como braço do poder, como um prolongamento da força do Estado autoritário. Os direitos dos suspeitos, dos investigados, dos acusados foram colocados num segundo plano e sequer eram referidos, pois eram tidos como contrários à ordem constituída e à disciplina; em suma, um entrave ao desenvolvimento. O réu era visto como um inimigo do Estado e a defesa uma instituição contra o Estado e contra a sociedade. O acusado e a defesa deveriam colaborar com o Estado, serem submissos e compreensivos. Potencializaram-se os danos com a persistência da adequação da teoria da relação jurídica ao processo penal”[3].

Francisco Campos, é bom que se diga, quem *assinara* a exposição de motivos, *tinha confessada e forte inspiração no fascismo italiano*.

Afora outras críticas, com Ricardo Jacobsen Gloeckner, *atualmente* as nulidades passaram a representar “(…) prescrições em conexão com o sistema acusatório, com os direitos fundamentais e com o contentamento diante da limitação cognitiva, exigência encontrada em qualquer sistema ordenado sob a tutela de uma Constituição democrática”[4]. Do contrário, alerta citado doutrinador, incorporá-las ao processo penal, tais como o *pas de nullité sans grief*, “torna a forma um mero conselho ao juiz. Jamais uma garantia”[5].

No meio desse caldo cultural-jurídico, que vez ou outra é desnudado por decisões judiciais mais alinhadas ao entendimento doutrinário — *aliás, o papel da doutrina, na esteira de inúmeras denúncias feitas pelo professor Lenio Streck, tem sido esquecido* —, encontra-se a *posição* do Superior Tribunal de Justiça.

É que recentemente o presidente do STJ, ministro João Otávio de Noronha, num evento ocorrido em São Paulo, criticou[6] publicamente o Tribunal de Justiça de São Paulo ao afirmar que há uma enorme quantidade de decisões daquela corte proferidas ao arrepio de súmulas do STJ e STF. Sua excelência, até um pouco exaltada e respondendo ao representante do TJ-SP, ressaltou:

“Dizer que súmula do STJ não tem força vinculante é simplesmente fazer tábula rasa do papel constitucional dos tribunais superiores. Se eles estão lá para dar a última palavra na interpretação da lei federal, e dão, dizem como deve ser entendida, não é razoável que os tribunais e juízes manifestem decisão em sentido contrário. A livre convicção que se dá ao juiz é a livre convicção dos fatos. Para o Direito, a Constituição criou o Supremo Tribunal Federal no plano constitucional e o STJ no plano infraconstitucional. Portanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem uma dívida e é bom que a gente diga e converse sobre isso. Tem uma dívida em seguir as orientações dos tribunais superiores em matéria penal. Isso faz com que o índice de Habeas Corpus seja muito grande, tanto no STJ quanto no STF. É necessário rever esse posicionamento”.

Nada obstante a inteira *procedência* da crítica do ministro Noronha, de que o TJ-SP não é afeito a cumprir entendimento pacificado pelas cortes superiores, quando beneficie o réu — é verdade —, acrescentamos que o motivo principal de não o fazer está na própria aplicação do princípio da *pas de nullité sans grief*. A 13ª Câmara de Direito Criminal, por exemplo, nos autos do HC 2268218-38.2018.8.26.0000, decidiu que interrogar o acusado em primeiro lugar, antes da colheita de toda a prova, em conformidade com o disposto no artigo 57 da Lei 11.343/06, *não gera nulidade*, a não ser que se comprove sabe o quê? O prejuízo?! Vejamos:

“EMENTA: Habeas Corpus – Tráfico de drogas e associação para o tráfico de entorpecentes – Alegação de nulidade absoluta consistente no interrogatório do réu antes da colheita de toda a prova – Inocorrência – Não há que se falar em inversão da instrução criminal por ter sido o paciente interrogado antes da oitiva das testemunhas – Audiência realizada pela Magistrada exatamente nos moldes preconizados pelo artigo 57 da Lei nº 11.343/06 e, como tal diploma legal é especial em relação ao disposto no artigo 400 do Código de Processo Penal, não há qualquer nulidade a ser proclamada, máxime em face do preconizado pelo artigo 394, § 2º, do mesmo Diploma Processual antedito. Hipótese, ademais, em que cumpria aos ilustres causídicos, além da alegação de nulidade, comprovar ocorrência de efetivo prejuízo, notadamente em face da norma do artigo 563 do Código de Processo Penal, que representa a consagração do princípio pas de nullité sans grief. Ordem denegada”.

Mas o *mais curioso* é que o STJ, com o mesmo *modus operandi* do TJ-SP, não tem se revelado muito *simpático* a seguir orientação do Supremo Tribunal Federal, a evidenciar risco à segurança jurídica diante de temas tão caros à cidadania. Paradoxalmente, o STJ tem se socorrido do *pas de nullité sans grief* para *solapar* direitos e cancelar ilegalidades. É como disse o ministro Marco Aurélio, “há aqueles que descumprem a lei, olvidando que a segurança jurídica pressupõe o princípio da legalidade, mas disfarçam” (STF, 1ª Turma, HC 111.815/SP, DJe: 14.nov.2017).

Sim, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 127.900/AM, fixou tese acerca da aplicabilidade do artigo 400 do CPP[7] no âmbito dos “processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todo os procedimentos penais regidos por legislação especial”. Confira parte da ementa:

“(…) 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” www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados. 13/08/2019

---

(STF. Pleno. HC 127.900/AM. Rel. Min. Dias Toffoli. DJe: 3.ago.2016).

Justificou-se tal pensamento, porquanto a Lei 11.719/2008 “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)” (STF, 1ª Turma, Rcl. 30.799/DF. Rel. min. Luís Roberto Barroso. DJe: 25.fev.2019). Assim, com o ministro Fachin:

“Não há dúvida, sob a minha ótica, de que a realização do interrogatório do acusado após a oitiva das testemunhas tem como efeito maximizar as garantias do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (art. 5º, LV e 5º, LVI, da Constituição da República). Afinal, como é um ato de autodefesa, ao acusado se dá a oportunidade de esclarecer ao julgador eventuais fatos contra si relatados pelas testemunhas. Falando por último, *o réu tem ampliada suas possibilidades de defesa*” (HC 127.900/AM . Voto min. Edson Fachin. Pág. 21).

Seja qual for o processo penal pelo qual responde o acusado, o interrogatório ao final da instrução é o ápice da concretização da ampla defesa e do contraditório<sup>[8]</sup>. Graças ao marco civilizatório que a Constituição da República de 1988 representou, contribuindo substancialmente na leitura que se tem, hoje, do Código de Processo Penal — *de cariz eminentemente democrático* —, o traço distintivo para concretização da ampla defesa e contraditório consiste justamente na possibilidade de o acusado manifestar-se somente após a colheita de toda a prova.

Logo, os efeitos jurídicos da *não* aplicação do artigo 400 do CPP, maculará o processo de nulidade absoluta. “A meu ver, a não observância do CPP na hipótese acarreta prejuízo evidente à defesa dos pacientes, em face dos princípios constitucionais em jogo, pois a não realização de novo interrogatório ao final da instrução subtraiu-lhes a possibilidade de se manifestarem, pessoalmente, sobre a prova acusatória coligida em seu desfavor (contraditório) e de, no exercício do direito de audiência (ampla defesa), influir na formação do convencimento do julgador (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antônio. As nulidades do processo penal. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 75)” (HC 127.900/AM. Voto min. Dias Toffoli. Pág. 08). Ou seja, o prejuízo é presumido e assim o dever ser.

Até que no início, o STJ aderiu bem a nova orientação (6ª Turma. HC 397.382/SC. Rel. min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe: 14.ago.2018 / REsp 1.480.236/RS. Rel. min. Nefi Cordeiro. DJe: 25.set.2017); inclusive bradando a prerrogativa do STF dar a última palavra sobre questões constitucionais, a ver o voto do preclaro ministro Jorge Mussi:

“é certo que se trata de posicionamento adotado pela maioria dos integrantes da Suprema Corte, órgão que detém a atribuição de guardar a Constituição Federal e, portanto, dizer em última instância quais situações são conformes ou não com as disposições colocadas na Carta Magna, razão pela qual passou a ser seguido por este Sodalício” (STJ, 5ª Turma. AgRg no REsp 1.446.504/SP. Rel. min. Jorge Mussi. DJe: 29.out.2018).

O “duro”, no entanto, foi a corte ter que lidar com inúmeros pedidos de *writ* ou recurso em Habeas Corpus, pleiteando o reconhecimento de nulidade diante do não cumprimento do artigo 400 do CPP, pelo país afora. De duas uma: ou o STJ cumpriria a lei e, por isso, anulava-se toda audiência de instrução realizada em desacordo com a jurisprudência do Supremo; ou criava-se um mecanismo para barrar a decretação de nulidades. E qual foi saída? Se você pensou em *pas de nullité sans grief*, acertou.

Com exceção de alguns julgados da 6ª Turma, especialmente aqueles lavrados pelo ilustre ministro Rogério Schietti Cruz, que tem reconhecido tratar-se de nulidade absoluta, pois “o prejuízo à defesa é evidente e corolário da própria inobservância da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa” (6ª Turma. HC 445.422/RJ. DJe: 1.ago.2018), a 5ª Turma mudou o enfoque do debate para relativizar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na medida em que passou a exigir a comprovação do prejuízo:

“(…) VII – *In casu*, embora a audiência de instrução tenha ocorrido em 27/07/2016, e, na ocasião, o acusado tenha sido interrogado antes da oitiva das testemunhas, é necessário, a fim de que se reconheça a nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, que a impugnação tenha sido tempestiva, ou seja, na própria audiência em que o ato foi realizado, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão, o que não ocorreu no caso concreto. Precedentes” (STJ. 5ª Turma. HC 470.734/MG. Rel. min. Felix Fischer. DJe: 17.dez.2018/ No mesmo sentido: AgRg no HC 496.341/MG. DJe: 21.mai.2019).

Isto é, até mesmo nos casos em que “a irregularidade tenha sido arguida a tempo e modo pela defesa, o que afasta a preclusão, esta Corte Superior vem decidindo que o vício deve, além de ser alegado na primeira oportunidade, ser demonstrado o efetivo prejuízo sofrido pelo réu (art. 563 do CPP)” (STJ. Decisão monocrática no RHC 78.065/SP. Rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJe: 6.ago.2019).

Com o devido respeito, mas o reflexo dessa banalização pelo Superior Tribunal de Justiça, da tese fixada pelo STF no HC 127.900/AM, é um convite para uma reflexão de toda comunidade jurídica e sociedade civil: *que modelo de Justiça queremos?* Uma Justiça que só sabe cobrar do andar de baixo? Ou uma Justiça substancial e coerente com a segurança jurídica? Daqui uns tempos, e provavelmente não vai demorar, o artigo 400 do CPP se transformará naquilo que é hoje, o artigo 212[9]: uma mera recomendação ao juízo. Se quiser, cumpra. Mas há aqueles que disfarçam...

[1] LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Pág. 34.

[2] Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17.ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 06.

[3] GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. Pág. 79.

[4] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 33.

[5] Idem. Ibidem. Pág. 39.

[6] Cf. em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-18/stj-repreende-tj-sp-nao-seguir-sumula-nao-conceder-hc>

>

[7] Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no [art. 222 deste Código](#), bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

[8] Cf. VILELA, Augusto Tarradt. *O (problemático) procedimento especial da Lei de Drogas e o interrogatório do réu*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 261 – Agosto de 2014.

[9] Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

**Date Created**

13/08/2019