

Decido.

Extraio do ato dito coator:

“*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS (AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO). INVERSÃO DA ORDEM. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. APLICAÇÃO DA REGRA *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. CONDENAÇÃO LASTREADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS COLHIDOS NA FASE INQUISITORIAL. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Sem prova de prejuízo ao réu, não se verifica nulidade pelo fato de seu interrogatório, mediante precatória, ter ocorrido antes da oitiva de testemunhas no feito principal (audiência de instrução). Inteligência do art. 563 do Código de Processo Penal. Registra-se que o ora paciente foi interrogado, por meio de carta precatória, na Comarca de Andradina/SP, um dia antes da realização da audiência de instrução, a qual se realizou na Comarca de Pedra Preta/MT. Tal situação processual se distingue daquela em que o interrogatório do acusado e a audiência de instrução ocorrem na mesma Comarca, o que poderia levar à renovação do interrogatório.

3. Segundo a legislação em vigor, é imprescindível, quando se trata de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*.

4. Malgrado este Sodalício tenha firmado o posicionamento no sentido de considerar inadmissível a prolação de édito condenatório exclusivamente com espeque em elementos de informação obtidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na espécie, porquanto a

condenação do paciente amparou-se também em elementos de provas judicializadas, colhidas no âmbito do devido processo legal.

5. O *mandamus* se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita o revolvimento fático-probatório a ensejar a absolvição do paciente com fulcro no art. 386, VI e VII, do Código de Processo Penal, bem como o pleito de desclassificação do crime em apreço para o delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, c.c. art. 29, § 2º, ambos do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.”

Em consulta ao andamento processual do feito na origem (1732-84.2011.811.0022-41395), observo que a sentença condenatória transitou em julgado em 26.10.2015, tendo o presente *habeas corpus* sido impetrado em 07.06.2017, o que revela a pretensão do impetrante de utilizar do remédio constitucional como substitutivo da revisão criminal.

Como sabido, inviável, como regra, de utilização do *writ* como sucedâneo recursal ou revisão criminal (RHC 123.813/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 21.11.2014; HC 121.255/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 01.8.2014), com ressalva, nesta última hipótese, de serem os fatos incontroversos (HC 139.741/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 06.3.2018).

Feitas estas considerações, passo a avaliar se é o caso da concessão da ordem de ofício.

E ao fazê-lo, assento que a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício é medida excepcional, que tem lugar nas hipóteses em que a ilegalidade ou o abuso de poder é flagrante a ponto de justificar a relativização das regras de competência que regem o processo penal, corolários das garantias fundamentais do juiz natural e do devido processo legal.

Pois bem. A Lei 11.719/08 modificou o rito do procedimento comum ordinário previsto nos artigos 394 e seguintes do CPP para situar o

interrogatório como **último ato** da instrução criminal:

Art. 400 do CPP: 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.**

A alteração maximizou a **autodefesa** para permitir ao réu formular sua **antítese acusatória** após tomar conhecimento de todas as provas colhidas na instrução criminal, prestigiando-se as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), e do devido processo legal (art. 5º LIV, CF).

Pela relevância da alteração legislativa, a jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que a nova sistemática do interrogatório aplica-se aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial. Nesse sentido: HC 127900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 03.8.2016, AP 862 AgR/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, DJe 5.8.2016, RHC 124.137/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 01.6.2016; ADPF 378 MC/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, DJe 8.03.2016.

Presente essa **centralidade** do **interrogatório** na órbita das **garantias processuais penais**, reconhece-se que eventuais **vícios** na sua concretização processual, como, por exemplo, a **inversão na ordem** de sua colheita – como no caso -, podem resultar **nulidade** da instrução processual (HC 173.791, Rel. Min. Celso de Mello, HC 176.332, Rel. Min. Alexandre de Moraes, HC 175.357, Rel. Min. Marco Aurélio).

Sobre as **nulidades**, esta Suprema Corte exige, como regra, a **demonstração concreta de prejuízo** tanto para as **nulidades absolutas** quanto para as **nulidades relativas**, marcadas que são pelo princípio do

HC 144887 / MT

pas de nullité san grief previsto no artigo 563 do CPP (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, HC 135.728-AgR-ED/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, HC 134.408/MG, Rel. Min. Dias Toffoli). À prova da **comprovação do efetivo prejuízo**, “[é] imperioso que o interessado evidencie certo nexo causal entre a suposta irregularidade e o resultado da ação penal, bem como que indique, ao menos de forma indiciária, a possibilidade efetiva de reversão do julgamento se ausente a nulidade ventilada” (RHC 166629, Rel. Min. Edson Fachin).

Sem embargo dessa linha de entendimento, a complexidade da teoria das nulidades no processo em geral e, em particular, no processo penal, relativamente à qual não há consenso na doutrina e na jurisprudência, compreendo que, na hipótese de afronta a **princípios de extração constitucional** - caso dos autos em que em jogo as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal -, a nulidade é **absoluta**, o que significa dizer que **não há preclusão**, o vício pode ser **suscitado de ofício** e, embora não prescinda da ocorrência de prejuízo para sua decretação, o **prejuízo é presumido**. A presunção não é *juris et de jure*, e sim *juris tantum*, produzindo a inversão do encargo probatório.

Estabelecidas essas premissas, compreendo que a inversão da ordem de interrogatório do paciente resultou prejuízo evidente à ampla defesa.

Registro, de partida, que a defesa não concorreu para a inversão da ordem do interrogatório do paciente. Como assentado, o ora paciente foi interrogado por carta precatória perante o juízo da cidade de Andradina/SP em **12.12.2013**, portanto, em **momento anterior ao início** da oitiva das testemunhas, ocorrida em **13.12.2013**, e concluída em **23.01.2014**, na comarca de Pedra Petra/MT, local do julgamento dos fatos. A cronologia está exposta no ato coator (voto vencido):

Isto porque, para o interrogatório do apelante se fez necessária a expedição de Carta Precatória, sendo informado na missiva, a data designada para oitiva das testemunhas no Juízo deprecante (6/12/2013), contudo, esta não se realizou, sendo

redesignada para o dia 13/12/2013 (fls. 469). **Sem notícia da redesignação do ato processual, o Juízo deprecado da Comarca de Andradina/SP realizou no dia 12/12/2013, um dia antes, o interrogatório do apelante (fls. 503/507).**

Verticalizo a cronologia: o juízo deprecado da 3ª Vara Criminal de Andradina/SP realizou o **primeiro interrogatório** do paciente no dia **21.11.2013**. Contudo, ao constatar que as testemunhas ainda não tinham sido ouvidas perante o juízo deprecante (Pedra Preta/MT), que marcara a audiência para o dia **06.12.2013**, aquele juízo **anulou o interrogatório e redesignou** o ato para o dia **12.12.2013**, ou seja, para **data posterior** à oitava das testemunhas, precisamente para **evitar a inversão da ordem processual** (*“daí porque tal ato somente deve ocorrer após a oitava das testemunhas na referida audiência, sob pena de cerceamento do direito de defesa”* - evento 24, fl. 495 e fl. 499).

Ocorre que por **ausência (justificada)** da magistrada de primeiro grau de Pedra Preta (deprecante) e do **não comparecimento** do membro do Ministério Público, a oitava das testemunhas não foi realizada na audiência do dia **06.12.2013**, tendo sido redesignada para o dia **13.12.2013**, **após**, portanto, o **interrogatório** que (também) havia sido **redesignado** pelo juízo deprecado e que de fato se **consumou** no dia **12.12.2013**. (certidão fl. 469, evento 23).

Decorreu, **a inversão da ordem processual do interrogatório**, de falta de sincronia entre os órgãos do Estado no tocante aos atos de instrução do feito.

Ainda, observo que a defesa formulou perante o juízo de Pedra Preta (deprecante) pedido de **novo interrogatório** do paciente para após a conclusão da audiência de oitava das testemunhas. A magistrada, contudo, **indeferiu** o pedido na própria audiência e declarou **encerrada a instrução processual** (fl. 509, evento 25). Destarte, a par da inversão da ordem, houve má aplicação do artigo 196 do CPP (*“Art. 196 do CPP. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes”*).

Registro que a defesa suscitou a nulidade na **primeira oportunidade** que lhe competia, em alegações finais. Assim, não houve **desídia** ou **alegação oportunista** de nulidade pela defesa (evento 26 e 27, fls. 533-564).

Sobre o **prejuízo**, constato que as testemunhas cujas oitivas foram realizadas antes do interrogatório do paciente serviram para **fundamentar** a condenação. Houve referência, para a finalidade de imputar a autoria delitiva ao paciente, às testemunhas *José Silvestre Porfírio, Amarildo de Oliveira Gonçalves, Márcia Regina Weber Tolometi, Clademar Tometi*, e da informante *Daniela Oliveira*. Ou seja, não se trataram de testemunhos abonatórios, mas de provas que interferiram no **convencimento do juízo** e sobre as quais o paciente não pode contrastá-las em **autodefesa** (evento 28, fls. 572-81).

Na minha compreensão, o fato de o paciente ter permanecido em **silêncio** no seu **primeiro interrogatório** (aquele que fora anulado pelo juízo deprecado) não autoriza concluir pela ausência de prejuízo, tampouco se constitui fundamento legítimo para a recusa do novo interrogatório, ao contrário do que assentado na Corte local. Comezinho que o **direito ao silêncio** não pode ser interpretado em **prejuízo à defesa**, garantia que alcança tanto o âmbito **material** quanto o **processual** – artigo 5º LXIII, CF, e artigo 186 do CPP.

Da mesma maneira, a circunstância de o interrogatório do paciente ter se consumado em comarca diversa, via carta precatória, não autoriza a inversão processual com a oitiva das testemunhas. A **estatura constitucional da autodefesa** não permite diferenciar entre réus que são ouvidos perante o juiz da causa e réus que são ouvidos via precatória, como critério para franquear o pleno acesso às provas produzidas e para garantir o **direito de ser ouvido por último** na instrução do feito. Essa conjuntura não é equivalente a da inversão na ordem de oitiva entre as testemunhas de acusação e defesa, a qual é contemplada na própria Lei processual (CPP, artigo 222).

Em caso recente e similar ao deste julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes concedeu ordem de *habeas corpus* nos seguintes termos (HC 176.332, Dje de 27.10.2019) :

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 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 exposto 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. (original sem destaques).

Na mesma linha, “[o] interrogatório do acusado em processo criminal, após a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem, constitui providência indispensável, cuja inobservância caracteriza nulidade, considerada transgressão ao contraditório e à ampla defesa (HC 175.357, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 11.12.2019).

Por fim, o **direito de o réu falar por último** no processo penal foi recentemente enfatizado no julgamento do HC 166.373, em 02.10.2019. Nessa assentada, somei à **corrente vencedora** na direção de que o prazo para apresentação de alegações finais entre réus colaboradores e não colaboradores há de ser sucessivo, ou seja, primeiro a acusação, depois o delator e por fim o delatado, em ordem a maximizar os direitos fundamentais à isonomia, ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, em sua dimensão substantiva. **A ratio, mutatis mutandis, é a mesma da presente impetração.**

HC 144887 / MT

Ante o exposto, com fundamento no artigo 192 do RISTF, e acolhendo, ainda, os fundamentos do parecer do Ministério Público Federal, **concedo parcialmente a ordem** para determinar que o Juízo de Direito da Comarca de Pedra Preta – MT proceda a novo interrogatório do paciente [REDACTED], como último ato da instrução, dando sequência às demais fases processuais. **Prejudicados** os demais pedidos.

Oficie-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 06 de março de 2020.

Ministra Rosa Weber

Relatora

Impresso por: 025.174.06110 HC 144887
Em: 12/03/2020 - 09:43:10