

*Supremo Tribunal Federal***URGENTE**

Ofício eletrônico nº 18801/2021

Brasília, 20 de dezembro de 2021.

A Sua Excelência o Senhor
Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator do Habeas Corpus nº 703.665 do Superior Tribunal de Justiça

Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 210186

PACTE.(S) : ROVILSON SILVERIO JUNIOR
IMPTE.(S) : CAROLINA MARTINS PEREIRA (79883/MG) E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 703.665 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Gerência de Recursos Criminais e Habeas Corpus)

Senhor Relator,

Comunico a Vossa Excelência os termos da decisão proferida nos autos em epígrafe pelo(a) Senhor(a) Ministro Nunes Marques, Relator(a), cuja cópia segue anexa.

Atenciosamente,

Ministro LUIZ FUX
Presidente
Documento assinado digitalmente

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 210.186 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. NUNES MARQUES
PACTE.(S) : ROVILSON SILVERIO JUNIOR
IMPTE.(S) : CAROLINA MARTINS PEREIRA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 703.665 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

1. A defesa de Rovilson Silvério Júnior impetrou *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, contra decisão monocrática que, proferida por Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indeferiu pleito cautelar requerido em favor do paciente.

Em suas razões, a parte impetrante sustenta, em síntese, que a instrução probatória não observou a ordem estabelecida pelo art. 400 do Código de Processo Penal, eis que o paciente foi interrogado antes da oitiva das testemunhas, causando evidente prejuízo para a defesa. Pretende, desta forma, a declaração de nulidade da sentença e do acórdão condenatórios, bem como a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, “a fim de que seja revogado o mandado de prisão preventiva”.

2. O processo está em condições de ser julgado, nos termos do art. 52, parágrafo único, do Regimento Interno. Dispensou a remessa ao Ministério Público Federal.

Tal o contexto, **reputo inadmissível o presente *habeas corpus***, nos termos da conhecida dicção do enunciado 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

HC 210186 MC / MG

Ressalte-se, que esta Suprema Corte consolidou sua jurisprudência no sentido de não se conhecer de *habeas corpus*, quando impetrado contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior, em razão de caracterizar-se inadmissível supressão de instância. Ilustram essa orientação os seguintes acórdãos: HC 154.958 AgR, ministro Gilmar Mendes; HC 160.358 AgR, ministro Dias Toffoli; HC 186.240 AgR, ministra Rosa Weber; HC 187.298 AgR, ministra Cármen Lúcia; HC 190.780 AgR, ministro Edson Fachin.

Todavia, mesmo quando inadmissível o *habeas corpus*, este Supremo Tribunal Federal entende ser possível a concessão da ordem de ofício, desde que caracterizada, na hipótese, situação de flagrante ilegalidade (HC 118.560/SP, ministro Ricardo Lewandowski; HC 165.376/SP, ministra Cármen Lúcia).

No caso dos autos, registro, inicialmente, que o paciente foi condenado pelos delitos dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, e do art. 12 da Lei 10.826/03, à pena de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 01 ano e 06 meses de detenção, em regime semiaberto, mais 1765 dias-multa.

A alegação de que o interrogatório do ora paciente foi o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, em clara inobservância à regra prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, foi devidamente sustentada pela defesa perante as instâncias ordinárias, devendo ser afastada, portanto, a ocorrência de preclusão consumativa.

Acerca da controvérsia em análise, verifico que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, ao julgar o **HC 127.900**, da relatoria do ministro Dias Toffoli, fixou orientação no seguinte sentido:

Habeas corpus. Penal e processual penal militar. [...] **Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP).**

HC 210186 MC / MG

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.**

[...]

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.

[...]

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

HC 210186 MC / MG

penais **cuja instrução não se tenha encerrado.** (grifei)

Conforme se pode observar da supracitada ementa, a Lei n. 11.719/2008 alterou a redação do art. 400 do Código de Processo Penal, estabelecendo como novo rito para o procedimento comum ordinário a **realização do interrogatório do réu como último ato da fase de instrução probatória.**

Por entender se tratar de alteração evidentemente mais favorável ao acusado, este Supremo Tribunal Federal passou a ampliar tal determinação legal também aos procedimentos penais regidos por legislação especial, incluído nestes, o procedimento regido pela Lei de Drogas.

Tal entendimento foi muito bem lançado pelo Ministro Dias Toffoli no julgamento do referido *habeas corpus*. Confira-se:

[...] 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).

Nesse particular, 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, devendo ser ressaltado que sua observância não traz, sob nenhuma hipótese, prejuízo à instrução nem ao princípio da paridade de armas entre acusação e defesa.

[...]

Nas palavras de Juarez de Freitas, “se a norma especial colidir, parcial ou totalmente, com o princípio superior, há de preponderar o princípio superior (A Interpretação Sistemática do Direito. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108)”

HC 210186 MC / MG

Penso, salvo melhor juízo, que com o escopo de conferir maior efetividade aos preceitos constitucionais da Constituição, notadamente os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV), cabe invocar essas premissas teóricas como justificativa para a aplicação dos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal ao processo penal militar, sendo certo, ademais, que, em detrimento do princípio da especialidade, o Supremo Tribunal Federal tem assentado a prevalência das normas contidas no CPP em feitos criminais de sua competência originária, que, como se sabe, são regidos pela Lei nº 8.038/90. Cito, por exemplo, a AP nº 679-QO/RJ, DJe de 30/4/13; e a AP nº 441/SP, DJe de 6/6/12, ambas de minha relatoria.

Aliás, já sustentei, em tese vencedora, quando de minha passagem pelo Tribunal Superior Eleitoral, a aplicabilidade, em detrimento de regra especial insculpida no Código Eleitoral, das regras processuais de caráter geral introduzidas pela Lei nº 11.719/08 ao Código de Processo Penal (arts. 396 e 396-A).

Ressalte-se, que o legislador constitucional dispôs na Carta de 1988 o dever de preservar-se o contraditório e a ampla defesa como princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito (CF, art. 5º, LV) e como valores supremos da Justiça.

Conforme nos ensina Nelson Nery Júnior, citado por Alexandre de Moraes, em sua obra *Direito Constitucional* (10ª ed., p. 122):

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

Entende-se o contraditório, atualmente, como garantia (aspecto

HC 210186 MC / MG

negativo) e como dever de prestação (aspecto ativo). E é nessa linha que o art. 9º do novo Código de Processo Civil prescreve que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Se é assim no processo civil, com muito maior razão no processo penal, em que os bens ou direitos em disputa são dos mais relevantes (o *ius libertatis* e o *ius puniendi*).

Nessa linha, Aury Lopes Júnior, em sua obra “Direito processual penal, 16. ed., Saraiva, São Paulo, 2019.”, destaca 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. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Entendo, desta forma, como acertadamente fundamentou o Ministério Público Federal em parecer ofertado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que “o procedimento do interrogatório do réu, **em todos os procedimentos regidos por leis especiais, deve ser o último ato da instrução criminal, nos exatos termos do art. 400 do Código de Processo Penal, pois se trata de lei posterior mais benéfica ao réu, tendo em vista que assegura maior efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**”. (grifei)

HC 210186 MC / MG

Cabe salientar, ademais, que no julgamento do já citado HC 127.900, também restou determinado por esta Suprema Corte “que os efeitos da decisão deveriam ser modulados, para que fosse aplicada a nova compreensão **somente aos processos cuja instrução criminal não se tenha encerrado até a publicação da ata daquele julgamento, a saber 11 de março de 2016**, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica”(grifei).

No caso dos autos, constato que **a instrução processual foi realizada em 3/9/2018**, data posterior à publicação da ata do julgamento do HC 127.900, que ocorreu em **11/3/2016**. Desta forma, as decisões das instâncias ordinárias, proferidas no sentido de que a realização do interrogatório no início da instrução processual não fere os princípios do contraditório e da ampla defesa, são manifestamente contrárias à jurisprudência desta Suprema Corte.

Destaco, em casos fronteiros, os seguintes precedentes (HC 166.376, ministro Gilmar Mendes):

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL MILITAR. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. **APLICAÇÃO DO RITO PREVISTO NA LEI N. 11.719/2008, COM A REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO.** ART. 302 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. NORMA ESPECIAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PEDIDO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. **A norma contida 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 nas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.**

HC 210186 MC / MG

2. Orientação fixada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 127.900/AM.

3. Interrogatório realizado antes da publicação do precedente.

4. Ordem denegada.

(HC 132.078, Relatora a ministra Cármen Lúcia - grifei)

Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de entorpecente em local sujeito à administração militar (art. 290, CPM). **Ação penal. Interrogatório. Realização ao início da instrução (art. 302, CPPM).** [...].

1. O **Plenário do Supremo Tribunal**, no HC nº 127.900/AM, de minha relatoria, DJe de 3/8/16, **fixou orientação no sentido de que a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.719/08, também se aplica às ações penais em trâmite na Justiça Militar.**

2. A Corte, após deliberar, em atenção ao princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI), que aquela orientação **se aplica, a partir da publicação da ata de julgamento do HC nº 127.900/AM, a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, determinou a sua incidência apenas nas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.** [...]

(HC 128.894, Relator o ministro Dias Toffoli - grifei)

É importante mencionar, por fim, conforme enfatizou o ministro Celso de Mello em decisão proferida no HC 173.800, que “em situações nas quais a inversão de atos processuais culmina por transgredir direitos e garantias fundados na Constituição (como sucedeu na espécie), presume-se, “*juris et de jure*”, a existência de prejuízo, que se evidencia “*in re ipsa*””.

Assim, não vislumbro hipótese para restringir o entendimento adotado no julgado em referência (HC 127.900) no sentido de que, em observância aos princípios constitucionais que acabo de mencionar, o

HC 210186 MC / MG

interrogatório do paciente seja o último ato da instrução processual.

3. Ante o exposto, **não conheço** deste *habeas corpus*, mas concedo a ordem **de ofício, para declarar a nulidade** do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, bem como da sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal e de Execuções Penais da comarca de Alfenas/MG (Processo n. 0016.18.005598-6) e **determinar a realização de nova audiência de instrução e julgamento**, com a efetivação do interrogatório judicial do paciente como último ato da instrução processual penal (CPP, art. 400), devendo, ainda, o magistrado de primeira instância, **revisar**, imediatamente e mediante decisão fundamentada, **a necessidade de manutenção da prisão preventiva**, bem como a possibilidade de fixação de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, do Código de Processo Penal).

4. Intime-se. Publique-se. Comunique-se.

Brasília, 17 de dezembro de 2021.

Ministro NUNES MARQUES

Relator