

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.808.389 - AM (2019/0111629-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**RECORRENTE** : JOVANILDA REBELO PEREIRA  
**RECORRENTE** : DIEGO SOUZA DA SILVA  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO  
AMAZONAS  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO  
AMAZONAS  
**INTERES.** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS  
CURIAE"  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. MAIOR EFETIVIDADE A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. MINORANTE. ANÁLISE PREJUDICADA. 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*), visto que assegura maior efetividade a princípios constitucionais, notadamente aos do contraditório e da ampla defesa.

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

3. Uma vez que a audiência de instrução e julgamento ocorreu depois da publicação da ata daquele julgamento, prevalece a nova compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, qual seja, a de que, em se tratando de crime previsto na Lei n. 11.343/2006, o interrogatório deve ser o último ato da instrução, à luz, especialmente, dos princípios constitucionais do contraditório e

da ampla defesa.

4. Embora, em regra, a decretação da nulidade de determinado ato processual requeira a comprovação de prejuízo concreto para a parte – em razão do princípio do *pas de nullité sans grief* –, o prejuízo à defesa é evidente e corolário da própria inobservância da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Uma vez que o interrogatório constitui um ato de autodefesa, não se deu aos recorrentes a possibilidade de esclarecer ao Magistrado eventuais fatos contra si alegados pelas testemunhas ao longo da instrução criminal.

5. Porque anulado o processo desde a audiência de instrução e julgamento, fica esvaída a análise da pretendida aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

6. Recurso especial provido, para anular o Processo n. 0248691-17.2016.8.04.0001, da 4ª V. E. C. U. T. E. da Comarca de Manaus – AM, desde a audiência de instrução e julgamento, com a determinação de que seja realizada nova instrução probatória, dessa vez com a observância de que o interrogatório dos réus seja o último ato da instrução.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de outubro de 2020

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.808.389 - AM (2019/0111629-4)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

RECORRENTE : JOVANILDA REBELO PEREIRA

RECORRENTE : DIEGO SOUZA DA SILVA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO  
AMAZONAS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO  
AMAZONAS

INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS  
CURIAE"

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

### **RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

**JOVANILDA REBELO PEREIRA e DIEGO SOUZA DA SILVA** interpõem recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas**, que negou provimento à Apelação Criminal n. 0248691-17.2016.8.04.0001.

Consta dos autos que os ora recorrentes foram condenados pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Nas razões do recurso especial, **a defesa aponta violação do art. 400 do Código de Processo Penal**, sob o argumento de que o **interrogatório dos réus foi realizado antes da oitiva das testemunhas**, o que feriu os princípios do contraditório e da ampla defesa. Pontua ser "inegável que a consideração das provas colhidas nos moldes realizados implica prejuízo aos recorrentes" (fl. 568).

Na sequência, afirma que foi violado o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, haja vista que "as circunstâncias desfavoráveis **NÃO** devem ser levadas em consideração para majorar a pena-base e, simultaneamente, agravar o patamar de diminuição, sob pena de se incorrer em *bis in idem*" (fl. 569). Registra, no mais, que estão preenchidos todos os requisitos necessários para a incidência do redutor previsto no referido dispositivo.

Requer o provimento do recurso, para que seja "determinada a

# *Superior Tribunal de Justiça*

nulidade do feito, procedendo-se novamente ao interrogatório, em decorrência da violação do art. 400 do Código de Processo Penal, e em dissonância com o entendimento consolidado no HC n. 124.900/AM, tendo em vista a inversão da ordem estabelecida na legislação" (fl. 576).

Subsidiariamente, pleiteia a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo de 2/3.

Contrarrazões às fls. 580-590 e decisão de admissibilidade às fls. 591-593.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso, "devendo ser declarada a nulidade arguida" (fl. 611).

Submetido o recurso especial à Terceira Seção, na sessão virtual de 18/9/2019 a 24/9/2019, foi **acolhida, por unanimidade, a proposta de sua afetação ao rito dos recursos repetitivos, conjuntamente com o REsp n. 1.825.622**, de sorte a definir se, nos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, deve ser aplicado o rito processual previsto no art. 400 do Código de Processo Penal, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ou o rito específico da legislação própria (art. 57 da Lei n. 11.343/2006), em razão do princípio da especialidade.

O recurso especial, no entanto, foi posteriormente **desafetado**, em sessão realizada no dia 24/6/2020, nos termos do voto de fls. 731-733.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.808.389 - AM (2019/0111629-4)**

**EMENTA**

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 alibis, 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 dos recorrentes, com a determinação de que o Juízo de primeiro grau proceda à nova realização do ato, fica prejudicada a análise da pretendida aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

8. Recurso especial provido, para anular o interrogatório dos recorrentes e determinar que o Juízo de primeiro grau proceda à nova realização do ato (Processo n. 0248691-17.2016.8.04.0001, da 4ª V. E. C. U. T. E. da Comarca de Manaus – AM). Em consequência, fica determinado o relaxamento da prisão cautelar imposta aos réus, por excesso de prazo.

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

**I. Admissibilidade do recurso**

Inicialmente, registro que o recurso especial é **tempestivo**. O acórdão que negou provimento à apelação (unânime) foi disponibilizado em 6/12/2018 e publicado no dia 7/12/2018, conforme certidão de fl. 554. O recurso especial foi protocolado em 12/12/2018 (fl. 561), dentro do prazo, portanto.

Os recorrentes desenvolveram, **com clareza e objetividade**, sua irresignação, apontando, *quantum satis*, a afirmada contrariedade do acórdão impugnado aos arts. 400 do Código de Processo Penal e 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o que autoriza o conhecimento do recurso especial em face do permissivo constitucional do art. 105, III, "a". A suposta ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal foi mencionada apenas de forma reflexa e subsidiária no especial.

Ainda, os acusados apresentaram **argumentação suficiente** para permitir a exata compreensão das teses, a afastar a incidência do óbice contido na Súmula n. 284 do STF, aplicada por analogia ao recurso especial; da mesma forma, saliento que o recurso de apelação foi desprovido por unanimidade, o que demonstra ter havido o **esgotamento das instâncias ordinárias**.

As matérias controvertidas, ambas de cunho estritamente jurídico, foram devidamente debatidas pelo acórdão recorrido, a evidenciar o devido **prequestionamento**. Ainda, não se trata de revolvimento de matéria de fato, pois se está diante de acórdão no qual **os fatos foram dados como certos**, havendo divergência, tão somente, quanto à interpretação e à definição de questão jurídica em relação ao momento do interrogatório dos réus, acusados de crime previsto na Lei de Drogas, e ao preenchimento ou não dos requisitos necessários para a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Além disso, estão presentes os demais pressupostos de admissibilidade do recurso especial (cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito, regularidade formal),

razão pela qual passo ao exame da *quaestio iuris*.

## II. Contextualização

Consta dos autos que os ora recorrentes foram condenados pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Segundo a defesa, o interrogatório dos acusados – em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa – deveria haver sido realizado no final da fase instrutória, nos termos em que previsto no art. 400 do Código de Processo Penal, e não no início.

Em relação a essa matéria, a Corte de origem, ao afastar a apontada nulidade no trâmite processual, assim fundamentou (fls. 542-544):

02.02. Inicialmente importa gizar que diferente do alegado pela defesa dos Apelantes as teses de nulidade – a processual, desde o interrogatório e das provas supostamente obtidas por meio ilícito – não merecem prosperar. Explico.

02.03. Conquanto o Superior Tribunal de Justiça tenha firmado entendimento no sentido de que "o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado" (HC 390.707/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 24/11/2017), importa notar que é **imprescindível a Defesa se insurgir no mesmo ato, bem como apontar em que consistiu o prejuízo, sob pena de preclusão [...]**  
[...]

02.04. Portanto, os Tribunais Superiores há muito já firmaram o entendimento que **a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo**, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563 do Código de Processo Penal e no enunciado n° 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, o que não ocorreu na hipótese.

02.05. No caso, **além do advogado particular dos Apelantes, Dr. Arthur Virgílio do Carmo Ribeiro de Souza, não ter impugnado o ato no momento da audiência** (fls. 292/296), a Defensoria Pública do Estado em memoriais (fls. 393/421) e em grau recursal **não demonstrou o suposto prejuízo sofrido com a citada inversão**, de modo que a mera alegação, isoladamente, é insuficiente para anulação do feito.

Veja-se, portanto, que o Tribunal estadual, embora ciente de que o interrogatório dos recorrentes ocorreu **no início da instrução**, na forma do previsto no art. 57 da Lei n. 11.343/2006, afastou a apontada nulidade, **sob dois argumentos**: a) não houve nenhuma impugnação da defesa nem na audiência em que o interrogatório foi realizado, nem nas alegações finais (a nulidade foi arguída somente nas razões da apelação), de maneira que a matéria já havia sido alcançada pela **preclusão**; b) não houve **demonstração de prejuízo**.

### **III. Momento do interrogatório**

O art. 394, § 2º, do Código de Processo Penal determina que "aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial". Por tal razão, esta Corte Superior de Justiça vinha adotando o entendimento de que o procedimento comum deveria ser o utilizado como regra, exceto quando existisse – seja em lei especial, seja no próprio Código – procedimento específico (v. g., **AgRg no AREsp n. 1.019.435/MG**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 2/3/2017). Assim, a inexistência de regramento específico seria **premissa** para a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal às legislações especiais.

Ao disciplinar a instrução processual no rito comum ordinário, o *caput* do art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, determina que o interrogatório do acusado seja o **último ato a ser realizado**:

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.** (destaquei)

O art. 57 da Lei de Drogas, por sua vez, **prevê momento específico e diverso para o interrogatório do réu**:

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, **após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas**, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério

# Superior Tribunal de Justiça

Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

No entanto, por ocasião do julgamento do **HC n. 127.900/AM** (Rel. Ministro Dias Toffoli), **ocorrido em 3/3/2016** (DJe 3/8/2016), o **Pleno do Supremo Tribunal Federal** realizou uma releitura do art. 400 do Código de Processo Penal e firmou o entendimento de que o rito processual para o interrogatório, previsto no referido dispositivo, 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 delineadas em legislação especial, por se tratar de **lei posterior mais benéfica ao acusado** (*lex mitior*), visto que assegura maior efetividade a princípios constitucionais, notadamente aos do contraditório e da ampla defesa.

Nas palavras do relator, Ministro Dias Toffoli:

Penso que 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.

Ainda, anoto que, em razão das alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008, o Supremo Tribunal Federal passou a adequar, mediante construção jurisprudencial, a própria Lei n. 8.038/1990 (aplicada aos feitos criminais de sua competência originária), determinando que, a despeito da norma prevista no art. 7º da referida lei – em detrimento, portanto, do princípio da especialidade –, o interrogatório do réu seja realizado **apenas no final da instrução**, após a oitiva das testemunhas, por se tratar de medida eminentemente mais favorável ao réu. Exemplificativamente: **AgRg na AP n. 528/DF**, Rel. Ministro **Ricardo Lewandowski**.

Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório

também foram invocados pela Corte Suprema por ocasião do julgamento do **HC n. 166.373/PR**, impetrado em favor do ex-gerente de Empreendimentos da Petrobras Márcio de Almeida Ferreira, condenado no âmbito da Operação Lava-Jato. Por maioria de votos, **o Plenário decidiu, na sessão de 2/10/2019**, que, em ações penais com réus colaboradores e não colaboradores, **é direito dos delatados apresentarem as alegações finais depois dos réus que firmaram acordo de colaboração.**

Embora o caso julgado no mencionado habeas corpus seja diverso da hipótese dos autos – porque aquele caso nada tem a ver com aplicação do procedimento comum em detrimento de eventual rito previsto em legislação especial no tocante ao momento do interrogatório –, a ideia que prevaleceu naquele julgado foi basicamente a mesma seguida pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do referido **HC n. 127.900/AM**. Como os interesses dos réus colaboradores e não colaboradores são conflitantes – na medida em que o colaborador é obrigado a falar contra o delatado e se torna, na prática, uma "testemunha de acusação" –, os direitos ao contraditório e à ampla defesa só serão plenamente exercidos se o delatado se manifestar **por último**, sob pena de ele não ter a possibilidade de contradizer todas as cargas acusatórias que possam contribuir para a sua condenação ou todas as declarações acusatórias que foram prestadas em seu desfavor (ideia extraída do voto do Ministro Dias Toffoli).

Também esclareço, apenas por cautela, que, não obstante o caso julgado no **HC n. 127.900/AM** fosse de ação penal em trâmite na Justiça Militar – o art. 302 do Código de Processo Penal Militar também prevê o interrogatório do réu como primeiro ato da instrução –, **os Ministros da Corte, durante os debates, ponderaram que o procedimento previsto no art. 400 do Código de Processo Penal, por ser mais benéfico à defesa, deveria ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, dentre os quais se enquadra a Lei de Drogas.**

Contudo, de modo a não comprometer o princípio da **segurança jurídica** dos feitos já sentenciados (CF, art. 5º, XXXVI), houve modulação dos efeitos da decisão: a Corte Suprema estabeleceu que essa orientação somente deveria ser aplicada a partir da **publicação da ata daquele julgamento, divulgada no DJe de 10/3/2016**, aos processos cuja instrução ainda não houvesse sido encerrada. **A partir desse marco, portanto, incorreriam em nulidade os processos nos quais o interrogatório fosse o primeiro ato da instrução.**

Dito isso, para que eventual nulidade seja reconhecida em

decorrência da inversão da ordem do interrogatório, remanescem dois pontos a serem previamente analisados: a) a matéria deve ser alegada no primeiro momento processual oportuno, sob pena de **preclusão?** e b) para que seja reconhecida a nulidade do feito, é necessário haver a **demonstração de efetivo prejuízo à defesa**, à luz do princípio *pas de nullité sans grief*?

#### **IV. Prejuízo evidente à defesa**

Conforme salientado anteriormente, o Tribunal de origem, embora ciente de que o interrogatório dos réus ocorreu **no início da instrução**, afastou a apontada nulidade processual, sob dois argumentos: a) não houve **demonstração de prejuízo**; b) não houve nenhuma impugnação da defesa nem na audiência em que o interrogatório fora realizado, nem nas alegações finais (a nulidade foi arguída somente nas razões da apelação), de maneira que a matéria já teria sido alcançada pela **preclusão**.

Em relação ao primeiro argumento, registro não desconhecer a existência de julgados desta Corte Superior de Justiça que, **mesmo depois do julgamento do referido HC n. 127.900/AM**, passaram a exigir, em relação aos processos com instrução ainda em curso, que, naqueles casos em que o interrogatório tivesse sido realizado no início da instrução, **deveria haver a comprovação de efetivo prejuízo à defesa para que fosse reconhecida a nulidade processual**.

Exemplificativamente, menciono: **AgRg no HC n. 496.341/MG**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 21/5/2019; **HC n. 550.180/PR**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 19/12/2019.

Contudo, embora, **em regra**, a decretação da nulidade de determinado ato processual requeira a comprovação de prejuízo concreto para a parte, é certo que, por ocasião do referido julgamento do **HC n. 127.900/AM**, o próprio relator, reportando-se aos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover e outros (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades do processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 75), afirmou, **expressamente**, que:

[...] 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

# Superior Tribunal de Justiça

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 (página 8 do voto do Ministro Relator, destaquei).

Também o Ministro **Celso de Mello** pontuou, em seu voto, que a reforma processual penal estabelecida pela Lei n. 11.719/2008 "revelou-se mais consentânea com as novas exigências estabelecidas pelo moderno processo penal de perfil democrático, cuja natureza põe em perspectiva a **essencialidade do direito à plenitude de defesa** e ao efetivo respeito, pelo Estado, da prerrogativa ineliminável do contraditório" (páginas 48-49).

Ainda, ressalto que o Supremo Tribunal Federal, ante a **magnitude constitucional** de que se reveste o interrogatório judicial, já teve diversas oportunidades de assentar que esse ato processual representa meio viabilizador do exercício das prerrogativas constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido: **HC n. 94.016/SP**, Rel. Ministro **Celso de Mello**, 2ª T., DJe 27/2/2009.

Para enfatizar o alto significado jurídico do interrogatório como expressão instrumental do próprio direito de defesa do réu, menciono, nessa mesma linha, a doutrina de Luigi Ferrajoli:

[...] no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, **o interrogatório é o principal meio de defesa**, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar. (Direito e razão. *Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. RT: 2002, p. 486, item n. 2).

Se o interrogatório é um **ato essencialmente de autodefesa**, não se deu aos recorrentes a possibilidade de, ao final da instrução criminal, esclarecer ao Magistrado eventuais fatos contra si alegados pelas testemunhas, manifestar-se pessoalmente sobre a prova acusatória a eles dirigida e influenciar na formação do convencimento do julgador.

Portanto, 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 de defesa –, **não vejo como acolher o argumento do Tribunal de origem, no sentido de que a ausência de**

**demonstração de prejuízo impossibilitaria o reconhecimento da apontada nulidade.**

**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 resultou na sua própria condenação.** Isso porque não há, num processo penal, prejuízo maior do que uma condenação resultante de um procedimento que não respeitou as diretrizes legais e que nem sequer observou determinadas garantias constitucionais do réu (no caso, a do contraditório e a da ampla defesa). Como avaliar, na perspectiva de exigir-se a demonstração do prejuízo, se o interrogatório realizado no início da instrução não trouxe nenhum prejuízo à defesa (tanto à defesa técnica quanto à do próprio acusado – autodefesa)?

Decerto que se tem dispensado a prova do prejuízo quando se trata de situações configuradoras de certas atipicidades processuais – como, v.g., oitiva de testemunha de defesa antes da de acusação, julgamento anterior à devolução de carta precatória de cuja expedição a defesa foi intimada, ou designação de audiência antes de vencido o prazo da resposta à acusação –, mas são hipóteses em que não se extrai, da irregularidade, um manifesto prejuízo à defesa, exigindo, portanto, avaliação caso a caso. Em tais situações, tem-se aplicado a regra de que somente se decreta a nulidade do ato se comprovado o prejuízo à parte interessada.

Tal raciocínio não pode se estender a hipóteses que consubstanciam a própria essência do direito de se autodefender em um processo penal, de que é maior expressão o direito a ser interrogado após a produção da prova, de modo a poder refutar, com maior alcance, as provas e alegações produzidas pelo órgão acusador.

Com efeito, a autodefesa assim entendida implica, na qualificada percepção de Gaetano Foschini (*Sistema del diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 272) uma série de possibilidades para o acusado, quais sejam: a) presença em juízo; b) conhecimento dos argumentos e das conclusões da parte contrária; c) exteriorização de sua própria argumentação; d) demonstração dos elementos de fato e de direito que constituem as suas razões defensivas e, por último, e) propulsão processual.

Salienta, o autor peninsular, (*op. cit.*, p. 268) que a defesa é uma "*garantia da exatidão do julgamento*", uma exigência da sociedade, haja vista que o exercício da jurisdição criminal implica não somente uma responsabilidade individual, mas uma "*responsabilidade da comunidade*

*social*", dado o seu natural interesse em que a liberdade humana não seja arbitrariamente sacrificada. Em verdade, somente através do processo penal, o Estado pode compatibilizar, de modo proporcional, a função de resguardar a liberdade (*ius libertatis*) com o interesse de punir (*ius puniendi*).

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 álibis, 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.

Assim, exigir a comprovação de prejuízo para o reconhecimento da nulidade decorrente da não observância do rito previsto no art. 400 do Código de Processo Penal representa, a meu ver, não apenas uma burla (escamoteada) ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, como também um esvaziamento das garantias constitucionais do contraditório e, especialmente, da ampla defesa, uma forma de se esquivar do reconhecimento de uma nulidade e uma maneira de se evitar a anulação de uma instrução probatória que, visivelmente, foi realizada em franco **desacordo** com as referidas garantias constitucionais.

#### **V. Ausência de preclusão**

Uma vez fixada a compreensão pela **desnecessidade** de a defesa ter de demonstrar eventual prejuízo decorrente da inversão da ordem do interrogatório dos réus, em processo do qual resultou a condenação, e porque o procedimento adotado afrontou os princípios do contraditório e da ampla defesa, não há como condicionar o reconhecimento da nulidade ao fato de a defesa arguir ou não o vício processual já na própria audiência de instrução. Não incide na espécie, portanto, a preclusão.

#### **VI. O caso dos autos**

No caso, o interrogatório dos recorrentes ocorreu **no início da instrução**, na forma do previsto no art. 57 da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, **a audiência de instrução teve início em março de 2017 e foi encerrada em maio do mesmo ano (fl. 286), depois, portanto, da publicação da ata do julgamento do HC n. 127.900/AM**, de maneira que prevalece o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria,

qual seja, o de que, em se tratando de crime previsto na Lei n. 11.343/2006, o interrogatório deve ser o **último** ato da instrução, à luz, especialmente, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

De igual modo, esclareço que a nulidade foi suscitada pela defesa **ainda nas instâncias ordinárias** – no caso, a defesa alegou, em preliminar das razões de apelação, que "resta configurada a nulidade do processo desde os interrogatórios dos apelantes" (fl. 466).

Por fim, registro que os recorrentes, nas razões da apelação, afirmaram expressamente que, uma vez que foram interrogados no início da instrução, "não tiveram oportunidade de ouvir previamente os depoimentos judiciais das testemunhas arroladas pela acusação, a fim de que pudessem exercer amplamente a sua autodefesa e contradizer todas as declarações apresentadas judicialmente pelas referidas testemunhas" (fl. 469), o que, embora nem fosse necessário, evidencia – caso se insista em exigir a demonstração de prejuízo concreto pela defesa –, **ter havido, de maneira satisfatória, a comprovação do dano suportado pelos acusados.**

Em caso semelhante – audiência de instrução e julgamento realizada depois da publicação da ata do julgamento do HC n. 127.900/AM do STF –, esta colenda Sexta Turma também reconheceu a nulidade do processo, com a determinação de que fosse realizada nova instrução probatória. A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. MAIOR EFETIVIDADE A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

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*), visto que assegura maior efetividade a princípios constitucionais, notadamente aos do contraditório e da ampla defesa.

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

3. Uma vez que a audiência de instrução e julgamento ocorreu no dia 16/8/2017, depois, portanto, da publicação da ata daquele julgamento, prevalece a nova compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, qual seja, a de que, em se tratando de crime previsto na Lei n. 11.343/2006, o interrogatório deve ser o último ato da instrução, à luz, especialmente, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

4. Embora, em regra, a decretação da nulidade de determinado ato processual requeira a comprovação de prejuízo concreto para a parte - em razão do princípio do *pas de nullité sans grief* -, o prejuízo à defesa é evidente e corolário da própria inobservância da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Uma vez que o interrogatório constitui um ato de autodefesa, não se deu ao paciente a possibilidade de esclarecer ao Magistrado eventuais fatos contra si alegados pelas testemunhas ao longo da instrução criminal.

5. Ordem concedida para anular o Processo n. 0027939-49.2016.8.19.0014, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes - RJ, desde a audiência de instrução e julgamento, com a determinação de que seja realizada nova instrução probatória, dessa vez com a observância de que o interrogatório do paciente seja o último ato da instrução.

(HC n. 445.422/RJ, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 1º/8/2018).

Diante de tais considerações, entendo evidenciada a apontada violação do art. 400 do Código de Processo Penal, a ensejar, por conseguinte, o reconhecimento da nulidade do interrogatório dos acusados, com a determinação de que novo ato seja realizado pelo Juízo de primeiro grau.

#### **VII. Minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**

Uma vez reconhecida a nulidade do interrogatório dos recorrentes, fica prejudicada a análise da pretendida aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

#### **VIII. Prisão preventiva – excesso de prazo**

Em decorrência do reconhecimento da nulidade do interrogatório dos réus, deve ser analisada eventual ocorrência de excesso de prazo na custódia cautelar.

O Juiz sentenciante negou a ambos os acusados o direito de recorrer em liberdade, com a determinação de que fosse observado o regime prisional estabelecido na sentença, qual seja, o semiaberto (fl. 406).

Na ocasião, o próprio Magistrado afirmou que "[n]ão consta nos autos certidão informando com precisão o período de prisão provisória" (fl. 406). No entanto, uma vez que a sentença foi prolatada em **17/4/2018**, portanto há mais de 2 anos, caracterizado está o **excesso de prazo** na prisão preventiva imposta aos acusados.

Dessa forma, determino o **relaxamento da cautela extrema**, para que os recorrentes sejam imediatamente colocados em liberdade, se por outro motivo não estiverem presos.

### **IX. Dispositivo**

À vista do exposto, **dou provimento** ao recurso especial, para anular o interrogatório dos recorrentes e determinar que o Juízo de primeiro grau proceda à nova realização do ato (Processo n. 0248691-17.2016.8.04.0001, da 4ª V. E. C. U. T. E. da Comarca de Manaus – AM). Consequentemente, determino o relaxamento da custódia preventiva dos réus, em razão de excesso de prazo.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.808.389 - AM (2019/0111629-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**RECORRENTE** : JOVANILDA REBELO PEREIRA  
**RECORRENTE** : DIEGO SOUZA DA SILVA  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS  
**INTERES.** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

**VOTO VENCIDO**

**O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:**

Colegas, claro que sou muito favorável à proteção das garantias, especialmente à ampla defesa, mas todos os nossos precedentes sempre exigiram prejuízo concreto em nulidades em geral.

Reconheço que, por vezes, o Supremo até caminhou em sentido contrário, mas muito pontuais. A regra também, na Suprema Corte, é exigir sempre o prejuízo.

De modo que, para que se mude essa compreensão na inversão dos atos processuais, creio que só poderíamos fazer isso pela Seção ou se tivéssemos compreensão das duas Turmas do Supremo.

Ministro Schietti, auxilie-me, por favor. V. Exa. fez a pesquisa e cita um precedente, mas é só de uma Turma, não é? Da outra Turma do Supremo ainda não? Então, nesse limite – agradeço, Ministro Schietti –, vejo-me forçado a manter a estabilidade da jurisprudência e a compreender que é necessária a demonstração de prejuízo concreto.

Lembro-me, por exemplo, de precedentes em que dissemos que a falta da sustentação oral, até falta de advogado... Lembro-me de precedente em que a falta de advogado foi afastada porque o réu foi defendido por estagiário, mas há vinte, quinze anos. Então, não se reconheceu o prejuízo concreto.

Muito sensibilizado pela preocupação com a garantia da ampla defesa, não vejo como afastar a exigência do prejuízo concreto, que não pode ser presumido pela simples condenação.

Com a vênia do Ministro Schietti, divirjo para denegar a ordem.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2019/0111629-4      **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.808.389 / AM**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0008036.19.2018 02486911720168040001 2486911720168040001 8036192018

PAUTA: 20/10/2020

JULGADO: 20/10/2020

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : JOVANILDA REBELO PEREIRA  
RECORRENTE : DIEGO SOUZA DA SILVA  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS  
CORRÉU : DANIEL NASCIMENTO DE ALMEIDA  
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e  
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.