



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1946472 - PR (2021/0200884-2)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
RECORRENTE : LOURDES MARIA DA SILVA
ADVOGADO : MARCELO LEBRE CRUZ - PR048594
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
RECORRIDO : SERCOMTEL S/A TELECOMUNICAÇÕES
ADVOGADO : PAULO ROBERTO PIRES - PR013103
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : EDUARDO FLORES VIEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO - RS045116

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TEMA 1.114. *INVERSÃO DA ORDEM NO INTERROGATÓRIO DO RÉU. ART. 400 DO CPP. NULIDADE QUE SE SUJEITA À PRECLUSÃO TEMPORAL. ART. 571, INCISO II E ART. 572, AMBOS DO CPP E À DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA – ART. 563 DO CPP. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA PARTE DESPROVIDO.*

I - Em que pese haver entendimento nesta corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima, a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem evoluindo e se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, no entanto, a alegação está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo.

II - Os parâmetros em aparente oposição são, portanto, o artigo 222, § 1º, do CPP e o art. 400 do mesmo diploma legal, ao que se pode enfeixar a controvérsia, colocando-se em ponderação os princípios da celeridade processual e do devido processo legal, especialmente na sua dimensão da ampla defesa.

III - A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzirão as provas, sejam elas testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida. Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem, eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório. Tal artigo, introduzido no ordenamento pela Lei nº11.719, de 2008, significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória.

IV - A moderna concepção do contraditório, segundo a qual a defesa deve influenciar a decisão judicial, o que somente se mostra possível quando a sua resposta se embasa no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar observância ao devido contraditório.

V - Sob outro enfoque, ao réu incumbe arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, ou no momento legalmente previsto, sob pena de preclusão, conforme dispõe o art. 572 e incisos, do CPP.

VI - No caso concreto, observa-se que a alegação foi feita em momento oportuno, contudo, não apontado o prejuízo concreto com a alteração da ordem prevista no art. 400, somente se limitando a afirmar ter sido ouvido antes da mais importante testemunha, Marcio, a única que foi ouvida depois do interrogatório. Destaco que a prova dos autos não é exclusivamente oral. Ao contrário, parte significativa do acervo se compõe de elementos de prova documentados tanto na auditorias internas e externa, como nos depoimentos dos funcionários da empresa, além do relatório da empresa dando conta do modo de operação das fraudes praticadas pela ré.

VII - As demais alegações de mérito, relativamente à absolvição por ausência de responsabilidade criminal; à absolvição face ao primado do *in dubio pro reo*; à recapitulação da figura típica; e, por fim, à revisão da dosimetria da pena e regime prisional, não serão conhecidas em virtude de flagrante incidência da Súmula 7/STJ, dada a manifesta necessidade de revolvimento fático.

VIII - Não havendo similitude fática entre a matéria probatória exposta no presente caso e aquela que alicerça o reconhecimento da nulidade por violação à ordem do art. 400, de vez que aqui todos os depoimentos foram tomados antes do interrogatório, exceto um deles, cuja importância e comprovação do prejuízo não foram demonstrados.

IX - Tese jurídica: ***O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu.***

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, retomado o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, quanto ao caso concreto, dando parcial provimento ao recurso especial, a fim de declarar a nulidade do interrogatório da recorrente, ante a inobservância da ordem preconizada no art. 400 do Código de Processo Penal, e, por conseguinte, da sentença condenatória, determinando

que o ato processual seja renovado, julgando prejudicado os demais tópicos do recurso, e o voto divergente do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, dando provimento ao recurso a fim de anular a condenação e determinar que seja realizado novo interrogatório da acusada, e os votos dos Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik conhecendo parcialmente do recurso especial repetitivo e, nesta extensão, negando-lhe provimento, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, por maioria, conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, que dava parcial provimento ao recurso especial, e Rogerio Schietti Cruz, que dava provimento ao recurso. Quanto à tese referente ao Tema Repetitivo n. 1114, por maioria, a fixou da seguinte forma: "O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos, parcialmente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz, que reconheciam o prejuízo de forma mais ampla que a maioria.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz, quanto ao caso concreto.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Laurita Vaz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto ao caso concreto.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz, quanto à tese.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Laurita Vaz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto à tese.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 13 de setembro de 2023.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1946472 - PR (2021/0200884-2)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
RECORRENTE : LOURDES MARIA DA SILVA
ADVOGADO : MARCELO LEBRE CRUZ - PR048594
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
RECORRIDO : SERCOMTEL S/A TELECOMUNICAÇÕES
ADVOGADO : PAULO ROBERTO PIRES - PR013103
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TEMA 1.114. *INVERSÃO DA ORDEM NO INTERROGATÓRIO DO RÉU. ART. 400 DO CPP. NULIDADE QUE SE SUJEITA À PRECLUSÃO TEMPORAL. ART. 571, INCISO II E ART. 572, AMBOS DO CPP E À DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA – ART. 563 DO CPP. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA PARTE DESPROVIDO.*

I - Em que pese haver entendimento nesta corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima, a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem evoluindo e se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, no entanto, a alegação está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo.

II - Os parâmetros em aparente oposição são, portanto, o artigo 222, § 1º, do CPP e o art. 400 do mesmo diploma legal, ao que se pode enfeixar a controvérsia, colocando-se em ponderação os princípios da celeridade processual e do devido processo legal, especialmente na sua dimensão da ampla defesa.

III - A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzirão as provas, sejam elas testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida. Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem,

eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório. Tal artigo, introduzido no ordenamento pela Lei nº11.719, de 2008, significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória.

IV - A moderna concepção do contraditório, segundo a qual a defesa deve influenciar a decisão judicial, o que somente se mostra possível quando a sua resposta se embasa no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar observância ao devido contraditório.

V - Sob outro enfoque, ao réu incumbe arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, ou no momento legalmente previsto, sob pena de preclusão, conforme dispõe o art. 572 e incisos, do CPP.

VI - No caso concreto, observa-se que a alegação foi feita em momento oportuno, contudo, não apontado o prejuízo concreto com a alteração da ordem prevista no art. 400, somente se limitando a afirmar ter sido ouvido antes da mais importante testemunha, Marcio, a única que foi ouvida depois do interrogatório. Destaco que a prova dos autos não é exclusivamente oral. Ao contrário, parte significativa do acervo se compõe de elementos de prova documentados tanto na auditorias internas e externa, como nos depoimentos dos funcionários da empresa, além do relatório da empresa dando conta do modo de operação das fraudes praticadas pela ré.

VII - As demais alegações de mérito, relativamente à absolvição por ausência de responsabilidade criminal; à absolvição face ao primado do *in dubio pro reo*; à recapitulação da figura típica; e, por fim, à revisão da dosimetria da pena e regime prisional, não serão conhecidas em virtude de flagrante incidência da Súmula 7/STJ, dada a manifesta necessidade de revolvimento fático.

VIII - Não havendo similitude fática entre a matéria probatória exposta no presente caso e aquela que alicerça o reconhecimento da nulidade por violação à ordem do art.

400, de vez que aqui todos os depoimentos foram tomados antes do interrogatório, exceto um deles, cuja importância e comprovação do prejuízo não foram demonstrados.

IX - Tese jurídica: ***O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu.***

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial, interposto por LOURDES MARIA DA SILVA, afetado ao rito dos recursos repetitivos e interposto com base no artigo 105, III, *a* e *c* da Constituição, contra acórdão do Tribunal de origem que negou provimento à apelação defensiva, mantida a condenação da ré à pena de 4 (quatro) anos 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime previsto no artigo 155, §4º, inciso II, c/c art. 71 (por 25 [vinte e cinco] vezes), ambos do Código Penal, por ter, de 15 de setembro de 2005 a 19 de maio de 2008, subtraído para si, mediante abuso de confiança, o valor de R\$ 502.601,34 (quinhentos e dois mil, seiscentos e um reais e trinta e quatro centavos) de propriedade da empresa para qual trabalhava.

Eis a ementa (e-STJ fl. 1304/1318):

"APELAÇÃO CRIME- CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE DELITOS DE FURTOS QUALIFICADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA POR 25 (VINTE E CINCO) VEZES (ART. 155, §4º, INCISO II, C/C ART. 71, AMBOS DO CP) - PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE COM AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS VETORIAIS DA CULPABILIDADE E DOS MOTIVOS DO DELITO - NÃO CONHECIMENTO - AUSÊNCIA DE INTERESSE EM RECORRER - PRELIMINARES - AVENTADA A NULIDADE DE TODO O PROCESSO ANTE O ACESSO LIMITADO À DEFESA DO MATERIAL PROBATÓRIO PRODUZIDO EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL - NÃO ACOLHIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE ATENDIMENTO AO PLEITO DEFENSIVO DIANTE DA NÃO LOCALIZAÇÃO DOS AUTOS FÍSICOS DO INQUÉRITO POLICIAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CPP - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO - ÓRGÃO ACUSATÓRIO QUE

JUNTOU AO FEITO TODOS OS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE SUBSIDIARAM O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA - PLEITO DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE DOS AUTOS POR INVERSÃO DA ORDEM NA PRODUÇÃO DAS PROVAS, COM A OITIVA DE TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO POSTERIORMENTE AO INTERROGATÓRIO DA RÉ - IMPOSSIBILIDADE - EXCEÇÃO EXPRESSAMENTE ADMITIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO QUANDO SE ESTÁ DIANTE DA EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS - ART. 222, §1º E ART. 400, AMBOS DO CPP - CONDENAÇÃO EMBASADA NÃO SÓ NO DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO OUVIDA POSTERIORMENTE AO INTERROGATÓRIO DA ACUSADA, MAS TAMBÉM EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO CONCRETO - MÉRITO - PLEITO ABSOLUTÓRIO REFERENTE A TODOS OS ILÍCITOS, SOB OS ARGUMENTOS DE INEXISTÊNCIA DE FATO TÍPICO, AUSÊNCIA DE PROVAS DE ILÍCITO PENAL, DE PARTICIPAÇÃO DA APENADA EM QUALQUER ATO CRIMINOSO, DO DOLO, DO NEXO CAUSAL E ANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO - NÃO ACOLHIMENTO - IN DUBIO PRO REO MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS - VALIDADE DAS PALAVRAS DAS VÍTIMAS EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO - PRECEDENTES - NARRATIVAS DOS FUNCIONÁRIOS DA EMPRESA VITIMADA CORROBORADAS PELAS PROVAS DOCUMENTAIS JUNTADAS AO FEITO - VERSÃO DEFENSIVA ISOLADA - ART. 156 DO CPP - CONDENAÇÃO MANTIDA - PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA - INADMISSIBILIDADE - CONDOTA QUE SE SUBSUME AO CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA EM VIRTUDE DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA - DOSIMETRIA DA PENA - PLEITO DEREDUÇÃO DA PENA-BASE COM O AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA VETORIAL DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E VALORAÇÃO POSITIVA DAS VETORIAIS DA CONDOTA SOCIAL, DOS ANTECEDENTES E DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA - NÃO ACOLHIMENTO - PREJUÍZO SOFRIDO PELA EMPRESA VITIMADA QUE NÃO PODE SER TIDO COMO INERENTE AO TIPO PENAL - PRECEDENTES - ELEMENTOS APONTADOS PELA DEFESA COMO CONDOTA SOCIAL POSITIVA E OS BONS ANTECEDENTES QUE NÃO PODEM SER VALORADOS POSITIVAMENTE - PATAMAR MÍNIMO DE CONDOTA EXIGIDO DE QUALQUER MEMBRO DO CORPO SOCIAL - INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO POR PARTE DA DEFESA DA DESORGANIZAÇÃO E FALTA DE CONTROLE DA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DA EMPRESA VITIMADA A PERMITIR A VALORAÇÃO DA VETORIAL DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA EM FAVOR DA APENADA - NARRATIVA ISOLADA DA

INCUPLADA - PEDIDO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA SENILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - RÉ QUE NÃO TINHA 70 (SETENTA) ANOS À ÉPOCA DA SENTENÇA - PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO COM O AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA - NÃO ACOLHIMENTO - PRÁTICA DE DIVERSOS ILÍCITOS DE FURTO, NAS MESMAS CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR, MODO DE EXECUÇÃO E OUTRAS SEMELHANTES - PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA O ABERTO, SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS OU CONCESSÃO DO SURSIS PROCESSUAL - INADMISSIBILIDADE - REPRIMENDA SUPERIORA 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS - RECURSO NÃO PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA."

Foram opostos embargos às fls. 1334/1350; rejeitados às fls. 1356/1359.

Sobreveio o presente recurso especial, em cujas razões a recorrente alega: preliminarmente, nulidade pela inversão da ordem legal dos atos processuais — art. 400 c/c art. 564, inciso IV do CPP; Nulidade advinda da limitação ao material cognitivo produzido pela acusação na fase investigativa. No mérito, aduz a absolvição por ausência de responsabilidade criminal. Subsidiariamente, a absolvição face ao primado do in dubio pro reo. Alternativamente, a recapitulação da figura típica e, por fim, a revisão da dosimetria da pena e regime prisional. Além disso, sustenta violação ao permissivo constitucional em seu inciso c, afirmando que a decisão do Eg. TJPR deu a lei federal interpretação diametralmente divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 1.487/1.511.

O recurso especial foi admitido como representativo da controvérsia na origem às fls. 1.523/1.532.

Às fls. 1.818/1819, o Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, diante da controvérsia suscitada – se, com a expedição de precatória, que não suspende a instrução criminal, nos termos do § 1º do art. 222 do Código de Processo Penal, tal situação autoriza ou não a realização de interrogatório do réu em momento diverso do previsto no art. 400 do Código de Processo Penal e se eventual alteração da ordem implica ofensa ao contraditório e à ampla defesa–, qualificou o presente recurso especial (juntamente com o resp nº1.933.759) como representativo da controvérsia e candidato à afetação, impondo aos feitos o rito

estabelecido pelos arts. 256-A do RISTJ. Por conseguinte, determinou o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal para que se manifestasse acerca da admissibilidade do apelo para tramitar como representativo da controvérsia, com a informação de que também foi enviado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná o Recurso Especial n. 1.933.759/PR para, eventualmente, tramitar de forma conjunta, nessa condição, no Superior Tribunal de Justiça.

Às fls. 1822/25, o Ministério Público Federal se manifestou pela inadmissibilidade do recurso especial como representativo da controvérsia, haja vista a inexistência de problemática a resolver no âmbito do STJ, já que a controvérsia suscitada encontra-se pacificada no âmbito da Terceira Seção, a qual, no julgamento do HC n. 585.942/MT, assentou o entendimento de que o interrogatório deve ser sempre o último ato do processo.

Às fls. 1829/31, o Presidente da Comissão Gestora de Precedentes reafirmou a qualificação do presente recurso, reiterando o destaque do REsp n. 1.933.759/PR para, conjuntamente, tramitar nessa condição. Pontuou, quanto ao aspecto numérico, que, apesar de, na decisão de admissibilidade, não ter sido consignado o quantitativo de processos suspensos na origem, as atividades de sobrestamento de processos em todo o estado se iniciarão após a seleção do recurso como representativo da controvérsia, não havendo, no momento do juízo de admissibilidade, o real impacto do quantitativo de processos que versem a mesma matéria selecionada como candidata à afetação ao rito dos recursos repetitivos. Ressaltou a importância da tramitação deste recurso no Superior Tribunal de Justiça, diante da relevância dos aspectos jurídico, social e econômico da matéria, assim como da grande potencialidade de repetição em todo o território nacional. Assim, com fundamento no art. 256-D do RISTJ, c/c o inciso I do art. 2º da Portaria STJ/GP n. 98 de 22/3/2021, determinou a distribuição do recurso.

À fl. 1842, em observância ao disposto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 ao 256-X do RISTJ, o julgamento do presente recurso especial foi afetado a esta Terceira Seção, conforme dispõe o art. 256-E, II, do RISTJ, com a adoção das seguintes providências:

a) delimitação da controvérsia nos seguintes termos: **definir se, com a expedição de precatória, que não suspende a instrução criminal, nos termos do § 1º do art. 222 do Código de Processo Penal, tal situação autoriza ou não a realização de interrogatório do réu em momento diverso do previsto no art. 400 do Código de**

Processo Penal e se eventual alteração da ordem implica ofensa ao contraditório e à ampla defesa;

b) envio de cópia do inteiro teor do acórdão proferido nestes autos aos Ministros integrantes da Terceira Seção do STJ;

c) comunicação aos tribunais de justiça e aos tribunais regionais federais para que tomem conhecimento do acórdão proferido nestes autos, com a observação de que não apliquem o disposto na parte final do § 1º do art. 1.036 do CPC e no art. 256-L do RISTJ (suspensão do trâmite dos processos pendentes);

d) expedição de ofício à Defensoria Pública da União para figurar na condição de *amicus curiae*;

e) após, nova vista ao Ministério Público Federal pelo prazo 15 dias, nos termos do art. 256-M do RISTJ.

Parecer do MPF às fls. 526-541, opinando: "*(a) solução da controvérsia na direção de permitir a realização de interrogatório em momento diverso do disposto no artigo 400 do CPP quando pender carta precatória, ao passo que sua expedição não suspende a instrução criminal (artigo 222, §1º, do CPP), salvo quando houver prejuízo à defesa concretamente demonstrado; e (b) pelo não provimento do recurso especial, para que seja reconhecida a regularidade da instrução criminal, uma vez que não foi demonstrado prejuízo concreto à defesa decorrente do ato de inversão da ordem de inquirição*".

É o relatório.

VOTO

Como relatado, o presente recurso especial afetado para julgamento segundo a sistemática de julgamento de casos repetitivos (Tema 1.114) delimitou a controvérsia nos seguintes termos: **definir se, com a expedição de precatória, que não suspende a instrução criminal, nos termos do § 1º do art. 222 do Código de Processo Penal, tal situação autoriza ou não a realização de interrogatório do réu em momento diverso do previsto no art. 400 do Código de Processo Penal e se eventual alteração da ordem implica ofensa ao contraditório e à ampla defesa.**

Inicialmente, consigno que me coaduno com a manifestação do Ministério

Público Federal relativamente à afetação de tema já debatido à exaustão nesta Corte, estando, inclusive, pacificada a controvérsia no âmbito da Terceira Seção, desde o julgamento do HC n. 585.942/MT, no qual se assentou o entendimento de que o interrogatório deve ser sempre o último ato do processo.

Ocorre, no entanto, que a experiência judicante cotidiana nos indica ser ainda necessário atribuir-se a força persuasiva do recurso repetitivo aos julgados pacificados neste STJ, de forma a estruturar a cultura da observância aos precedentes no nosso país que, ao que indicam as estatísticas, ainda não se solidificou.

Dito isto, passo à análise da controvérsia.

É fato que há entendimento nesta corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima. A título de exemplo: (AgRg no RHC n. 125.549/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 18/5/2020 e HC n. 441.533/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 27/8/2018).

Consabido, contudo, que a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, relativamente ao interrogatório, no entanto, a alegação por parte da defesa está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo.

Pontue-se que o Supremo Tribunal Federal, na AP n. 528 AgR, **Tribunal Pleno**, da relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 7/6/2011, passou aplicar a regra prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, inclusive, às ações penais originárias, em detrimento do disposto na Lei n. 8.038/1990.

Em 2016, no julgamento do HC n. 127.900/AM, a Suprema Corte fixou a mesma orientação 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.

Em 2019, o Ministro Alexandre de Moraes concedeu a ordem no HC n° 176.332/SP, em decisão monocrática, para determinar a realização de novo interrogatório, como último ato de instrução. No caso, o acusado teria sido interrogado antes da oitiva do ofendido, que se deu por meio de carta precatória, semelhante, portanto, à hipótese aqui exposta.

Em dezembro de 2020, foi afetado a esta Terceira Seção o julgamento do HC

585.942, da relatoria do e. ministro Sebastião Reis Júnior, com vistas a pacificar a questão, julgado que esmiuçou o tema, conforme a seguir transcrito:

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. INTERROGATÓRIO DO RÉU, POR CARTA PRECATÓRIA, ANTES DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM LEGAL. OFENSA AO ART. 400 DO CPP. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. NULIDADE. AUSÊNCIA. NOVO INTERROGATÓRIO DO RÉU. POSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO CRIMINAL AINDA NÃO SE ENCERROU. NECESSIDADE DE ACATAR O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO JULGAMENTO DO HC N. 127.900/AM, DE QUE O INTERROGATÓRIO DO RÉU, INSTRUMENTO DE AUTODEFESA, DEVE SER O ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. ENTENDIMENTO QUE RESGUARDA A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. FEITO COMPLEXO. 1. Existem precedentes nesta Corte Superior, partindo da interpretação dos arts. 400 e 222 do Código de Processo Penal, que consideram válido o interrogatório do acusado quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e do ofendido.

2. Essa compreensão, no entanto, não está em harmonia com os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como com a jurisprudência consolidada na Suprema Corte, firme no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório do réu deve ser o último ato de instrução.

3. Importante ressaltar a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, de que 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.

4. Atualmente é assente o entendimento de que o interrogatório do acusado é instrumento de defesa, o que, em uma perspectiva garantista, pautada na observância dos direitos fundamentais, proporciona máxima efetividade se realizado ao final da instrução. De fato, a concretização do interrogatório antes da oitiva de testemunhas e da vítima priva o acusado de acesso pleno à informação, já que se manifestará antes da produção de parcela importante de provas. Além disso, reflete diretamente na eficácia de sua reação e na possibilidade de influenciar o julgamento, não lhe permitindo refutar, ao menos diretamente (autodefesa), questões apresentadas com a oitiva de testemunhas e do ofendido. A inversão do interrogatório, portanto,

promove nítido enfraquecimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, indevido, a meu ver, no âmbito da persecução penal.

5. *Nessa perspectiva, ao dispor que a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal, o § 1º do art. 222 do CPP não autorizou, no meu sentir, a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do CPP, vale dizer, ao final da instrução. Oportuno ressaltar que o art. 222 do CPP está inserido em capítulo do Código de Processo Penal voltado ao procedimento relacionado às testemunhas (Capítulo VI do Código de Processo Penal – Das Testemunhas), e não com o interrogatório do acusado.*

6. *Outrossim, a redação do art. 400 do CPP elenca, claramente, a ordem a ser observada na audiência de instrução e julgamento, de forma que a alusão expressa ao art. 222, em seu texto, apenas indica a possibilidade de inquirição de testemunhas, por carta precatória, fora da ordem estabelecida, não permitindo o interrogatório do acusado antes da inquirição de testemunhas.*

7. *Na hipótese dos autos, o acusado foi interrogado antes da oitiva de testemunhas, por carta precatória. No entanto, conforme informações prestadas pelo Magistrado singular, a defesa técnica do réu somente arguiu suposta nulidade em seu último pedido, protocolizado em 19/3/2020, ou seja, após a realização de todas as oitivas supracitadas, o que reverbera na nulidade de algibeira. Assim, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, não se mostra viável acolher o pedido de nulidade, especialmente quando não aventado no momento oportuno.*

8. *Conquanto indevido o requerimento de nulidade, considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o fato de que a instrução ainda não encerrou, a necessidade de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o disposto no art. 196 do Código de Processo Penal, que autoriza a realização de novo interrogatório, entende-se que a ordem deve ser parcialmente concedida para determinar que se proceda a novo interrogatório do acusado ao final da instrução.*

9. *Quanto à alegação de excesso de prazo, não é o caso de ser reconhecido, pois, conforme informação do Juízo processante, a própria defesa contribuiu para o atraso na instrução, na medida em que não aventou a irregularidade do interrogatório no momento oportuno. Além disso, conforme exposto na decisão liminar, não houve desídia do Magistrado na condução do feito e eventual retardamento na conclusão da ação penal decorre de sua complexidade e da necessidade de expedição de diversas cartas precatórias.*

10. *Ordem parcialmente concedida para determinar a realização de novo interrogatório do acusado ao final da instrução."*

O entendimento tem sido corroborado reiteradamente nesta Corte, conforme recente julgado a seguir colacionado:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. OFENSA NÃO CONFIGURADA. CRIME DO ART. 102 DO ESTATUTO DO IDOSO. CONFIGURAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA. ART. 81 DA LEI N. 9.099/95. INVERSÃO DA PROVA. ART. 222, § 1º, DO CPP. CARTA PRECATÓRIA. NÃO SUSPENSÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RESPEITO AO ART. 400 DO CPP. INTERROGATÓRIO COMO ÚLTIMO ATO INSTRUTÓRIO. NULIDADE QUE SE SUJEITA À PRECLUSÃO E DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CASO CONCRETO. EXISTÊNCIA DE PROVAS INDEPENDENTES PARA A CONDENAÇÃO. INUTILIDADE DA MEDIDA. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. ESFERAS CÍVEL E PENAL. INDEPENDÊNCIA. COMPOSIÇÃO FIRMADA NA ESFERA CÍVEL. ARTS. 16 e 65, III, "B", DO CÓDIGO PENAL - CP. ARREPENDIMENTO POSTERIOR OU ATENUANTE DA CONFISSÃO. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 283 DO STF E N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As questões apontadas por omissas nas razões do recurso especial foram analisadas pelo Tribunal a quo. A "omissão no julgado e entendimento contrário ao interesse da parte são conceitos que não se confundem" (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.129.183/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 28/8/2012).

2. "Embora o artigo 222, §1º, do Código de Processo Penal disponha que a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, a hipótese não autoriza a indiscriminada inversão procedimental da ordem prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal, sendo necessário que o Juízo processante observe o interrogatório do acusado como ato final da instrução" (RHC 118.854/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 28/2/2020).

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento da RvCr n. 5563/DF, reafirmou o entendimento de que a nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório - prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal - está sujeita à preclusão e demanda a demonstração de prejuízo, sendo esta a orientação do Supremo Tribunal Federal.

4. No caso, a nulidade de que aqui se cuida fora apontada em tempo oportuno, no entanto, inexistente a demonstração de efetivo

prejuízo, pois há provas independentes para a condenação dos recorrentes, tais como os demais depoimentos testemunhais, além do acordo efetivado no juízo cível onde eles próprios se comprometeram a pagar a quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) à vítima, bem como a saldar todas as dívidas em nome dela junto as instituições financeiras credoras, demonstrando o reconhecimento do desfalque patrimonial que causaram. Caso em que não há utilidade na anulação da sentença, pois de toda a forma ela seria mantida.

5. Não há como revolver fatos e provas do autos para concluir de forma diversa das instâncias ordinárias de forma a absolver os recorrentes do delito previsto no art. 81 da Lei n. 10.741/03 diante do óbice da Súmula n. 7/STJ.

6. A arguição de violação ao art. 62 da Lei n. 9.099/95 não deve ser conhecida porque a tese de que o oferecimento da denúncia afasta a tipicidade não está abarcada por aquele dispositivo legal, configurando deficiência de fundamentação. Incidência da Súmula n. 284/STF.

7. "As esferas penal, civil e administrativa são independentes e autônomas entre si, de forma que as decisões proferidas no âmbito civil e administrativo para apurar os mesmos fatos não vinculam o processo penal, salvo a inequívoca demonstração de inexistência do fato ou comprovada a negativa de autoria" (AgRg no HC 405.374/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, DJe 13/8/2021).

8. O Tribunal de Justiça entendeu não ser caso de reconhecimento das benesses previstas nos arts. 16 e 65, III, "b", do CP, pois o acordo firmado no juízo cível só foi feito porque os recorrentes foram instigados a tal compromisso, inexistindo qualquer conduta voluntária de suas partes. Tal fundamento não foi impugnado, fazendo-se incidir o teor da Súmula n. 283 do STF. Além disso, não se pode confrontar tal decisório sob pena de incursão fático-probatória dos autos, o que encontra impeco na Súmula n. 7/STJ deste Tribunal

9. Agravo regimental desprovido" (STJ; AgRg no AREsp n. 1.895.902 / SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Dje de 22/08/2022).

Pode-se, assim, extrair da análise da evolução jurisprudencial, a tese segundo a qual o interrogatório é o ato final da instrução, presumindo-se a sua nulidade, eis que viola o princípio da devido processo legal, ficando autorizada somente a inversão da ordem exclusivamente para a oitiva das testemunhas de acusação e de defesa. Da mesma forma se deflui dos julgados desta Corte que a defesa deve arguir no momento oportuno, sob pena de preclusão, incumbindo-lhe ainda apontar o prejuízo sofrido.

A título de exemplo temos os seguintes julgados: o RHC 118.854/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 28/2/2020; HC n. 585.707, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ibeiro Dantas**, DJe de 08/02/2021 e a Rvcr n. 5.563, julgada em abril de 2021 pela Terceira Seção deste STJ que reafirmou tal entendimento, já sedimentado no julgamento acima colacionado.

Trata-se, portanto, no presente julgamento, de se corroborarem os limites de tolerância à inversão da ordem em estudo e, ainda, de se firmar a distribuição de ônus da argumentação para a inversão de tal ordem (para a oitiva de testemunhas) ou a sua manutenção; bem como o ônus da defesa de arguir no tempo hábil eventual nulidade. Dessa forma, preservando-se o contraditório e a ampla defesa, na medida em que se demonstrem, de maneira analítica, a necessidade de eventualmente se alterar a ordem legalmente prevista.

O ponto crucial da controvérsia, como se sabe, é a previsão do artigo 222, §1º, do CPP, dispondo que a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, daí decorrendo a celeuma relativa à possibilidade ou não, ou em que grau, está autorizada a inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, já que o legislador determinou o prosseguimento do feito paralelamente ao cumprimento da precatória.

Os parâmetros em aparente oposição são, portanto, o artigo 222, § 1º, do CPP e o art. 400 do mesmo diploma legal, ao que se pode enfeixar a controvérsia, colocando-se em ponderação princípios irradiados do ordenamento constitucional, as saber, a celeridade processual e o devido processo legal, especialmente na sua dimensão da ampla defesa.

Pois bem.

A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzirão as provas, sejam elas testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida. Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem, eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório. Tal artigo, introduzido no ordenamento pela Lei n. 11.719, de 2008, significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória. Confirmam-se seus termos:

"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.*

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes."

Observa-se que a ressalva feita ao art. 222 do mesmo CPP vem inscrita imediatamente após a ordem determinada para a oitiva das testemunhas, deixando clara autorização para que se flexibilize excepcionalmente a inversão desta ordem, em caso de pendência de cumprimento de carta precatória, exclusivamente em relação à oitiva das testemunhas de acusação e defesa.

Eis os seus termos:

Art. 222 -A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1º -A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º -Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Com base nos ensinamentos, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é a esta possível inversão da ordem da oitiva das testemunhas que a ressalva feita no art. 400 se refere, eis que imediatamente subsequente a tal determinação, mantido o interrogatório incólume ao final do dispositivo, a evidenciar a vontade do legislador.

Assim, quer se reconheça o interrogatório como meio de prova, quer como meio de defesa, para citar debate que a jurisprudência travou por anos, fato é que, é reconhecido ser este o momento em que o réu pode se contrapor à acusação e aos fatos eventualmente suscitados pelas testemunhas, o que, por si, reclama de forma irrefutável

que a fala do réu venha após todas as demais, seja em que ordem elas tenham sido realizadas, viabilizando, assim, a ampla defesa de toda a carga acusatória.

Corroborando esta posição, a moderna concepção do contraditório, segundo a qual, a defesa deve influenciar a decisão judicial, o que somente se mostra possível quando a sua resposta se embasa no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar observância ao devido contraditório.

Nesse sentido destaca-se trecho do voto do ministro Dias Toffoli, em sede do HC 166303/PR do STF, que trouxe, por maioria, a determinação do réu delatado se manifestar somente após o réu delator nas alegações finais.

"[...]

"O contraditório se expressa no binômio "informação necessária + reação possível", ressalvando-se que "esse segundo aspecto de mera oportunidade ou possibilidade de reação toma nuances diversas em todos os processos em que se controverta em torno de uma relação jurídica indisponível, como é o caso do processo penal". No processo penal, dado o risco de grave intervenção no direito fundamental à liberdade, a reação não pode ser meramente possível. O contraditório "há de ser pleno e efetivo, indicando a real participação das partes na relação jurídica processual" (GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 18 - grifos nossos).

[...]

*No direito comparado, destaco que, nos Estados Unidos o direito a confrontar declarações incriminadoras de coimputado tem estatura constitucional. A Sexta Emenda estabelece que, em todas as persecuções criminais, **o acusado terá o direito de ser confrontado com as testemunhas de acusação** e de convocar testemunhas a seu favor (In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (.) to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor [...])."*

Sob outro enfoque, ao réu incumbe arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido

pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, ou no momento legalmente previsto, sob pena de preclusão, conforme dispõe o art. 572 e incisos, do CPP.

Do caso concreto:

No caso concreto, observa-se que a alegação da ordem em foco não produziu o impacto pretendido pela recorrente, de vez que o acervo probatório é formado por fatos diversos que balizaram o convencimento judicial.

A arguição foi feita em momento oportuno, eis que ainda antes do interrogatório, a defesa indicou a possível nulidade, contudo, teve seu pleito negado, conforme decisão do juízo *a quo*, no sentido de que a expedição de carta precatória não obsta o prosseguimento do feito.

Contudo, não restou demonstrado o prejuízo concreto para a defesa arcado em virtude da alteração da ordem prevista no art. 400, do CPP. Em suas razões recursais, a recorrente se limita a afirmar ter sido ouvida antes da "mais importante testemunha", Marcio, a única que prestou seu depoimento depois do interrogatório.

Destaco que a prova dos autos não é exclusivamente oral. Ao contrário, parte significativa do acervo se compõe de elementos de prova documentados, tanto nas auditorias internas e externa, como nos depoimentos dos funcionários da empresa, além do relatório da empresa dando conta do modo de operação das fraudes praticadas pela ré.

Em sendo assim, não há similitude fática entre a matéria probatória exposta no presente caso e aquela que alicerça o reconhecimento da nulidade por violação à ordem do art. 400, de vez que todos os depoimentos foram tomados antes do interrogatório, exceto um deles, cuja importância e comprovação do prejuízo não foi apontada.

No tocante à falta de acesso a determinadas peças do inquérito policial, também não se acolherá o pleito pelo reconhecimento de nulidade ou cerceamento de defesa. Isso porque, consabido que o inquérito policial tem a função exclusiva de subsidiar a denúncia, eis que nesta peça inicial acusatória estará o contexto fático e jurídico a balizar a defesa. Há, inclusive, parte da doutrina que defende o desentranhamento do inquérito policial dos autos depois de oferecida a denúncia. Portanto, não há nulidade também no ponto a ser reconhecida.

No presente caso concreto, na esteira do acórdão recorrido, "*o inquérito policial é instrumento administrativo que viabiliza a produção de provas de materialidade e indícios suficientes de autoria, destinados à formação da do Ministério Público, sendo que para o fim de atendimento e observância opinio delictidos princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas, cumpre ao órgão acusatório trazer ao feito os elementos inquisitoriais utilizados por si para embasar o oferecimento da inicial acusatória; b) dessa forma, em que pese, como bem consignou a defesa, não tenha sido o inquérito policial digitalizado em sua integralidade, como se verifica do sequencial de folhas do mov. 1.1 a1.25, fato é que as peças utilizadas pelo Ministério Público para alicerçar a denúncia de mov. 10.2 foram colacionadas ao feito, pelo que, como supramencionado, não há que se falar em qualquer[1]prejuízo (STJ – Quinta Turma – Recurso Especial nº 1.251.621/AM – Rel. Ministra LAURITA VAZ– Julg. 16/10/2014); c) de qualquer forma, como restou consignado nos autos – certidão cartorária demov. 79.1 – as peças do inquérito policial que foram requisitadas pelo Juiz singular (a pedido da defesa – movs. 73.1 e 76.1), infelizmente, não foram mais localizadas [...]*".

As demais alegações de mérito, relativamente à absolvição por ausência de responsabilidade criminal; à absolvição face ao primado do *in dubio pro reo*; à recapitulação da figura típica; e, por fim, à revisão da dosimetria da pena e regime prisional, não serão conhecidas em virtude de flagrante incidência da Súmula 7/STJ, dada a manifesta necessidade de revolvimento fático.

Com efeito, tenho que permanece inafastável o óbice da Súmula n. 7/STJ, de vez que o eg. Tribunal de origem fundamentou seu convencimento sobre a tipicidade da conduta imputada à recorrente, apontando a adequada comprovação de que a recorrente agiu com dolo, de modo que, para dissentir do sobredito entendimento, seria imprescindível o revolvimento fático-probatório.

Por fim, quanto à alegada violação ao permissivo constitucional em seu inciso **c**, afirmando que a decisão do Eg. TJPR teria dado a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, também não se conhecerá do recurso no ponto, eis que não cumpridos os requisitos previstos no artigo 1.029, § 1º do CPC e do artigo 255, §1º do RISTJ.

Convém consignar que a interposição do recurso especial, com fulcro na alínea

c, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, exige, para a devida demonstração do alegado dissídio jurisprudencial, além da transcrição de ementas de acórdãos, o cotejo analítico entre o aresto recorrido e os paradigmas, com a constatação da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional, situação que não ocorreu na espécie.

Nesse entendimento:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DEMONSTRAÇÃO. MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS. ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS E RECURSO EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE.

1. Não há como conhecer da pretensão recurso] fundada na alínea c do permissivo constitucional, haja vista não ter sido demonstrado o dissídio jurisprudencial nos termos em que exigido pela legislação processual de regência - art. 1.029, § 1º, do CPC, c/c o art. 255, § 1º, do RISTJ.

2. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, "o acórdão proferido em habeas corpus, por não guardar o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial, não serve para fins de comprovação de divergência jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório" (AgRg no REsp 1328012/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, ale 14/08/2017). Precedentes.

*3. Ademais, para a comprovação da divergência, não basta a simples transcrição da ementa ou voto do acórdão paradigma; faz-se necessário o cotejo analítico entre o aresto recorrido e o divergente, com a demonstração da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional. Precedentes. (...)" (grifo nosso) (AgRg no REsp n. 1.858.911/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 20/04/2020).*

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. A mera transcrição de ementas não configura o dissídio jurisprudencial, sendo necessário o cotejo analítico dos acórdãos

recorrido e paradigma, para a demonstração da similitude fática das decisões. [...]

5. *Agravo regimental improvido*" (AgRg no REsp n. 1.335.090/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 03/09/2015, grifei).

Ante o exposto, conheço em parte o recurso especial repetitivo para:

a) fixar a seguinte tese jurídica: *"O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, na pendência do cumprimento de carta precatória, tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu."*

b) conhecer parcialmente o recurso especial e, nesta extensão, negar-lhe provimento, na forma da fundamentação supra.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1946472 - PR (2021/0200884-2)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
RECORRENTE : LOURDES MARIA DA SILVA
ADVOGADO : MARCELO LEBRE CRUZ - PR048594
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
RECORRIDO : SERCOMTEL S/A TELECOMUNICAÇÕES
ADVOGADO : PAULO ROBERTO PIRES - PR013103
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : EDUARDO FLORES VIEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO - RS045116

VOTO-VOGAL

Já manifestei opinião sobre a matéria nesta egrégia Seção. Naquela ocasião, disse que a matéria envolve importante discussão doutrinária e tema que já tive oportunidade de examinar há alguns anos; há vários anos, na verdade.

Examinei, especialmente, a doutrina (*American Constitutional Law*) de Laurence Tribe, notável constitucionalista norte-americano. A doutrina faz distinção entre devido processo legal com valor intrínseco e devido processo legal com valor instrumental. Do ponto de vista do valor intrínseco, a desatenção ao devido processo legal equipara-se à violação de qualquer direito fundamental. A consequência é a nulidade do ato final, independentemente de sua eventual correção material. Na vertente instrumental, se apesar da desatenção ao devido processo legal for possível demonstrar que, atendido o devido processo, o resultado material seria o mesmo, é mantida a validade do ato final.

Na vertente instrumental – já se pode concluir –, há a abertura para medidas sanatórias, a afirmação de preclusão e a necessidade da demonstração de prejuízo para efeito de anulação. A anulação não será simples consequência de desatenção ao devido processo.

Nos Estados Unidos, na época em que estudei a matéria, prevalecia a vertente instrumental, embora houvesse, paralelamente à confirmação do ato, manifestações pela necessidade de indenização, ainda que simbólica, pela violação, em si mesma, do devido processo legal. Na Inglaterra, era o contrário: prevalecia a vertente do valor intrínseco, apesar de insistente dissidência minoritária.

Diante dessa oscilação, fico em dúvida sobre até que ponto é conveniente firmar jurisprudência com caráter repetitivo (vinculante). Mas parece que a esta altura não é mais possível discutir tal aspecto da questão. Nessas circunstâncias, opto por divergir do ilustre relator e firmar minha preferência pela versão de devido processo legal com valor intrínseco. Acolho a manifestação da ilustre Sub-Procuradora Geral da República, Dra. Raquel Dodge.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2021/0200884-2

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.946.472 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00654539320118160014 654539320118160014

PAUTA: 23/08/2023

JULGADO: 23/08/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LOURDES MARIA DA SILVA
ADVOGADO : MARCELO LEBRE CRUZ - PR048594
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
RECORRIDO : SERCOMTEL S/A TELECOMUNICAÇÕES
ADVOGADO : PAULO ROBERTO PIRES - PR013103
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : EDUARDO FLORES VIEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO -
RS045116

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Eduardo Flores Vieira (Subdefensor Público-Geral Federal) sustentou oralmente pela parte Interessada: Defensoria Pública da União.

A Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge (Subprocuradora-Geral da República) sustentou oralmente pelo Ministério Público Federal.

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo parcialmente do recurso especial repetitivo e, nesta extensão, negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), e os votos divergentes, quanto à tese (Tema Repetitivo n. 1114), do Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1ª Região) e, parcialmente, da Sra. Ministra Laurita Vaz, pediu vista o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Aguardam os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1946472 - PR (2021/0200884-2)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
RECORRENTE : LOURDES MARIA DA SILVA
ADVOGADO : MARCELO LEBRE CRUZ - PR048594
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
RECORRIDO : SERCOMTEL S/A TELECOMUNICAÇÕES
ADVOGADO : PAULO ROBERTO PIRES - PR013103
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : EDUARDO FLORES VIEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO -
RS045116

VOTO-VISTA

Pedi vista para analisar as implicações da tese proposta pelo eminente Relator e para avaliar se, de algum modo, destoa do entendimento firmado na Terceira Seção, por ocasião do julgamento do **HC n. 585.942/MT** (de minha relatoria, julgado em 9/12/2020), ratificado no julgamento da **RvCr n. 5.563/DF** (Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca) e com a orientação atual do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Rememoro que o *writ* em referência foi afetado e julgado perante esta Seção para pacificar o tema, já que, no ano de 2020, ainda não existia uma orientação sedimentada nesta Corte sobre a matéria, sendo possível localizar, à época, julgados de ambas as Turmas Criminais desta Corte, que, partindo da interpretação conjunta dos arts. 400 e 222 do Código de Processo Penal, **admitiam** o interrogatório do réu quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima. Nesse sentido: AgRg no RHC n. 125.549/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 18/5/2020; e HC n. 441.533/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 27/8/2018.

Com efeito, a partir do julgamento do HC n. 585.942/MT, **a jurisprudência desta Corte se alinhou com a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido da necessidade do Juízo processante observar o interrogatório, enquanto**

concretização do direito à ampla defesa, como último ato da instrução:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. INTERROGATÓRIO DO RÉU, POR CARTA PRECATÓRIA, ANTES DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM LEGAL. OFENSA AO ART. 400 DO CPP. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. NULIDADE. AUSÊNCIA. NOVO INTERROGATÓRIO DO RÉU. POSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO CRIMINAL AINDA NÃO SE ENCERROU. NECESSIDADE DE ACATAR O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO JULGAMENTO DO HC N. 127.900/AM, DE QUE O INTERROGATÓRIO DO RÉU, INSTRUMENTO DE AUTODEFESA, DEVE SER O ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. ENTENDIMENTO QUE RESGUARDA A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. FEITO COMPLEXO.

1. Existem precedentes nesta Corte Superior, partindo da interpretação dos arts. 400 e 222 do Código de Processo Penal, que consideram válido o interrogatório do acusado quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e do ofendido.

2. Essa compreensão, no entanto, não está em harmonia com os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como com a jurisprudência consolidada na Suprema Corte, firme no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório do réu deve ser o último ato de instrução.

3. Importante ressaltar a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, de que 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.

4. Atualmente é assente o entendimento de que o interrogatório do acusado é instrumento de defesa, o que, em uma perspectiva garantista, pautada na observância dos direitos fundamentais, proporciona máxima efetividade se realizado ao final da instrução. De fato, a concretização do interrogatório antes da oitiva de testemunhas e da vítima priva o acusado de acesso pleno à informação, já que se manifestará antes da produção de parcela importante de provas. Além disso, reflete diretamente na eficácia de sua reação e na possibilidade de influenciar o julgamento, não lhe permitindo refutar, ao menos diretamente (autodefesa), questões apresentadas com a oitiva de testemunhas e do ofendido. A inversão do interrogatório, portanto, promove nítido enfraquecimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, indevido, a meu ver, no âmbito da persecução penal.

5. Nessa perspectiva, ao dispor que *a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal*, o § 1º do art. 222 do CPP não autorizou, no meu sentir, a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do CPP, vale dizer, ao final da instrução. Oportuno ressaltar que o art. 222 do CPP está inserido em capítulo do Código de Processo Penal voltado ao procedimento relacionado às testemunhas (Capítulo VI do Código de Processo Penal – Das Testemunhas), e não com o interrogatório do acusado.

6. Outrossim, a redação do art. 400 do CPP elenca, claramente, a ordem a ser observada na audiência de instrução e julgamento, de forma que a alusão expressa ao art. 222, em seu texto, apenas indica a possibilidade de inquirição de testemunhas, por carta precatória, fora da ordem estabelecida, não permitindo o interrogatório do acusado antes da inquirição de testemunhas.

7. Na hipótese dos autos, o acusado foi interrogado antes da oitiva de testemunhas, por carta precatória. No entanto, conforme informações prestadas pelo Magistrado singular, a defesa técnica do réu somente arguiu suposta nulidade em seu último pedido, protocolizado em 19/3/2020, ou seja, após a realização de todas as oitivas supracitadas, o que reverbera na nulidade de algibeira. Assim, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, não se mostra viável acolher o pedido de nulidade, especialmente quando não aventado no momento oportuno.

8. Conquanto indevido o requerimento de nulidade, considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o fato de que a instrução ainda não encerrou, a necessidade de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o disposto no art. 196 do Código de Processo Penal, que autoriza a realização de novo interrogatório, entende-se que a ordem deve ser parcialmente concedida para determinar que se proceda a novo interrogatório do acusado ao final da instrução.

9. Quanto à alegação de excesso de prazo, não é o caso de ser reconhecido, pois, conforme informação do Juízo processante, a própria defesa contribuiu para o atraso na instrução, na medida em que não aventou a irregularidade do interrogatório no momento oportuno. Além disso, conforme exposto na decisão liminar, não houve desídia do Magistrado na condução do feito e eventual retardamento na conclusão da ação penal decorre de sua complexidade e da necessidade de expedição de diversas cartas precatórias.

10. Ordem parcialmente concedida para determinar a realização de novo interrogatório do acusado ao final da instrução.

Assim, se ainda remanescia alguma controvérsia sobre essa tema, era se a referida nulidade, caso não arguida oportunamente, seria fulminada por força da preclusão e, em caso positivo, qual o termo final para a parte alegar esse vício e se seria necessária a demonstração de prejuízo concreto para a declaração.

Fato é que, no julgamento da **RvCr n. 5.563/DF** (de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca), efetivado em 12/5/2021, a Terceira Seção aprofundou a discussão sobre o tema e fixou o entendimento de que a parte deveria suscitar a referida **nulidade na audiência do interrogatório** e que **a declaração de nulidade demandaria prova de prejuízo efetivo:**

REVISÃO CRIMINAL. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ART. 400 DO CPP. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO TEMPESTIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE.

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.

2. Isso não obstante, esta Corte Superior já consolidou entendimento no sentido de que, **para se reconhecer nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, "é necessário que o inconformismo da Defesa tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão"** (HC 446.528/SP, Rel. p/ acórdão Ministro FELIX FISCHER, j. 11/9/2018, DJe 20/9/2018). Precedentes: AgRg no HC 626.721/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021; AgRg no HC 593.660/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021; AgRg no AREsp 1.573.424/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 15/09/2020; AgRg nos EDcl no REsp 1.788.579/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2020, DJe 26/08/2020; AgRg no HC 542.624/SP, Rel. Ministro ANTONIO

SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020 e AgRg no HC 626.721/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021.

3. De igual forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é assente em afirmar que a inversão na ordem do interrogatório do réu constitui nulidade relativa e sujeita à preclusão. Nesse sentido, entre outros: HC 199.494, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, decisão de 06/04/2021, DJe de 09/04/2021; HC 183.997, Rel. Min. ROSA WEBER, decisão de 10/08/2020, DJe de 28/08/2020; HC 180.227, Rel. Min. EDSON FACHIN, decisão de 19/02/2020, DJe de 26/02/2020.

4. Tendo ficado consignado, no acórdão rescindendo, que a questão estaria preclusa, já que não foi alegada pela defesa tempestivamente na própria audiência em que realizado o ato, vindo a ser alegada apenas em sede de embargos de declaração em apelação criminal, e que não fora demonstrado efetivo prejuízo, não se configura a alegada violação a literal dispositivo de lei, apta a oportunizar a rescisão do julgado com base no art. 621, I, do CPP.

5. Revisão criminal julgada improcedente.

(RvCr n. 5.563/DF, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 12/5/2021, DJe de 21/5/2021 - grifo nosso)

Apenas a esse respeito, peço *venia* ao Relator para dissentir parcialmente do seu voto e da posição atual da Seção e, aproveitando a reavaliação do tema que o julgamento representativo proporciona, propor um ajuste na tese.

Em observância ao princípio da boa-fé processual (art. 5º do CPC c/c o art. 3º do CPP) e da disposição contida no art. 571 do Código de Processo Penal, incumbe a parte que se considerar prejudicada deduzir quaisquer nulidades oportunamente, sob o risco de, não o fazendo, sofrer os efeitos da preclusão.

Em relação à nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório, não há justificativa para adoção de compreensão distinta. **Ressalto, inclusive, que tal conclusão constou do voto condutor proferido no julgamento do HC n. 585.942/MT, bem como naquele exarado no julgamento do RvCr n. 5.563/DF.**

Quanto ao termo final para a referida alegação, entendo que deve ser observada a norma processual.

Nos termos do art. 571, I e II, do Código de Processo Penal, as nulidades verificadas durante a instrução criminal podem ser arguidas até as alegações finais.

Assim, ainda que a parte não tenha manifestado oposição explícita à inversão da ordem por ocasião do ato em si (audiência do interrogatório), **deve ser admitido o exame da insurgência deduzida a esse respeito até as alegações finais**, notadamente porque em consonância com a norma processual e veiculada em

momento em que ainda pode ser suprida a irregularidade (mediante realização um novo interrogatório) sem prejuízo ao bom andamento do processo, circunstância essa que elide a existência de má-fé, ou seja, de nulidade de algibeira.

Rememoro, inclusive, que essa foi a solução adotada ao caso objeto do HC n. 585.942/MT, sendo, ainda, a mesma diretriz aplicada pela jurisprudência desta Corte na análise de outras nulidades verificadas no curso da instrução:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. NULIDADE DE ALGIBEIRA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica em rechaçar a estratégia processual denominada nulidade de algibeira, a qual ocorre quando a Defesa não alega a existência de vício formal em momento oportuno, quedando-se inerte até que seja verificado, no futuro, que a tese acarretará mais benefícios ao Agente, em explícita ofensa aos princípios da boa-fé processual e da cooperação.

2. Na hipótese, a matéria está preclusa, porquanto o art. 571, inciso II, do Código de Processo Penal, preconiza que as eventuais nulidades ocorridas na fase de instrução criminal devem ser alegadas até as alegações finais, o que não ocorreu na hipótese.

3. A tese suscitada neste writ, além de não ter sido mencionada nas alegações finais, não foi apresentada nas razões do recurso de apelação, bem como não foi arguida em razão da interposição dos recursos extraordinário e especial.

4. Registro, ainda, que "a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que 'o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção' (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux)". (HC 184709 AgR, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 14-07-2020 PUBLIC 15-07-2020), circunstância não verificada no caso.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 746.715/SE, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023 - grifo nosso)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. ROUBO MAJORADO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE LAUDO PERICIAL NO LOCAL DO CRIME. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA INSTÂNCIA PRECEDENTE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE POR DEFICIÊNCIA NA DEFESA NÃO VERIFICADA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 563 DO CPP. REDUÇÃO DE 1/2 PELA TENTATIVA E NÃO NO PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. AGENTE QUE DESFERIU SETE TIROS NA VÍTIMA, APROXIMANDO-SE DA CONSUMAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Especificamente com relação à alegação de nulidade por ausência de realização de laudo pericial do local do crime, verifica-se que a questão não foi objeto de julgamento no acórdão impugnado, o que impede seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância, consoante entendimento desta Corte.

2. Ainda que assim não fosse, eventuais nulidades cometidas na instrução criminal dos processos da competência do júri devem ser arguidas no prazo de alegações finais, na forma do art. 571, I, do CPP. No caso, se os atos questionados foram praticados na investigação, mesmo que a defesa não tivesse o ônus de arguir os vícios na resposta à acusação, no mínimo teria que

fazê-lo antes da decisão de pronúncia, ainda no *judicium accusationis*, não posteriormente, não sendo bastante suscitar a em recurso de apelação.

3. Sobre a suposta deficiência da defesa, é importante lembrar que, no campo das nulidades no processo penal, o art. 563 do CPP institui o princípio *pas de nullité sans grief*; na mesma linha, a Súmula 523/STF enuncia que "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

4. Hipótese em que, como constatou o Tribunal de origem, não restou provado o prejuízo imposto ao réu, que "foi defendido no julgamento em plenário por três advogados, que sustentaram a tese da negativa de autoria e pediram a absolvição por todos os delitos, em linha com a versão apresentada em interrogatório".

5. A atual defesa pode discordar da linha adotada pela defensoria, ou mesmo considerá-la deficiente, mas isso não é suficiente para a demonstração do prejuízo, nos termos da Súmula 523/STF.

6. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

7. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

8. No caso em apreço, tal critério foi observado, pois o magistrado de primeiro grau e a Corte de origem aplicaram a redução pela tentativa em 1/2, ressaltando que o agente desferiu sete tiros contra a vítima. Além disso, importa reconhecer que maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-probatório, o que é inadmissível na via eleita.

9. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 784.577/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 27/4/2023 - grifo nosso)

Logo, voto no sentido de ampliar e melhor explicitar a tese fixada nesse particular, admitindo que a parte alegue essa nulidade até as alegações finais.

No tocante à necessidade de demonstração de prejuízo concreto, os precedentes mais recentes da Suprema Corte (AgR no HC n. 230.370, Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 31/8/2023 e AgR no RHC n. 207.233, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 17/3/2022) tem sinalizado no sentido da necessidade de demonstração com base na previsão contida no art. 563 do Código de Processo Penal.

Vale destacar trecho de decisão da lavra do Ministro Edson Fachin sobre a questão proferida por ocasião do julgamento do RHC 209303/MG:

2. A existência de efetivo prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, grifei). Esse gravame não se traduz, simplesmente, a partir do resultado processual desfavorável. É imperioso que o interessado evidencie certo nexos 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. Na mesma linha:

“Ademais, o reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à defesa técnica. Vale dizer, o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o acusado. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional.” (HC 119372, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04.08.2015)”

Nesta Corte o cenário é o mesmo, ou seja, a jurisprudência dominante, na linha do que ficou decidido na RvCr n. 5.563/DF, tem orientado no sentido da necessidade de demonstração do prejuízo (AgRg no AREsp n. 2.359.539/MT, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 14/8/2023; e AgRg no AREsp n. 2.034.413/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 23/3/2023), **sendo digna de menção a posição conhecida no eminente Ministro Rogério Schietti Cruz no sentido da desnecessidade de demonstração de prejuízo (AgRg no REsp n. 1.821.980/RS, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 22/3/2023) por reputar que tal exigência caracterizaria uma prova diabólica.**

Essa dissonância, no entanto, pode, a meu sentir, ser equacionada e com esse propósito sugiro um ajuste na tese.

A exigência de demonstração do prejuízo (art. 563 do CPP), embora consubstancie uma regra processual e pressuposto para declaração de quaisquer nulidades, seja de índole absoluta ou relativa, amplamente aplicado nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, admite exceções reconhecidas pela própria jurisprudência.

Ora, em casos excepcionais, nos quais a inobservância de um procedimento gera, por si, um prejuízo à parte, tal exigência (comprovação de prejuízo) tem sido mitigada, tal como como no caso da falta de intimação do defensor constituído do réu da data de julgamento da apelação ou mesmo do acórdão exarado no julgamento de recurso.

A título exemplificativo, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. NULIDADE CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Consoante pacífica orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a falta de intimação pessoal do defensor público da data do julgamento do recurso de

apelação consubstancia nulidade processual absoluta, que mitiga o exercício do direito de defesa do réu.

2. Agravo regimental provido para conceder a ordem de habeas corpus, a fim de anular o julgamento da apelação, devendo ser renovado o julgamento do recurso, com a prévia intimação pessoal da Defensoria Pública.

(AgRg no HC n. 775.946/SC, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 21/3/2023, DJe de 3/4/2023)

No caso, entendo que a inversão da ordem do interrogatório, a depender do contexto em que verificada, pode consubstanciar, por si só, prejuízo concreto ao direito de ampla defesa e ao contraditório, hipótese em que afigura-se desnecessária sua demonstração.

A título exemplificativo e em exercício criativo, cito caso hipotético em que uma testemunha (arrolada pela acusação) - **ouvida depois do interrogatório do réu** -, mesmo sem a ele referir ou incriminar, **cita alguma circunstância fática nova**, ainda que sutil, **mas apta a robustecer ou compor, em tese, a argumentação da defesa**. Nesse caso, não soa razoável impor ao réu o ônus de demonstrar prejuízo concreto além daquele verificado com a **oitiva tardia** dessa testemunha, já que tal demonstração envolveria conjecturas e ilações hipotéticas - potencialidade do evento referido interferir de forma efetiva no conteúdo do interrogatório - **de difícil demonstração e aferição**.

De outro lado, ainda no âmbito hipotético, a oitiva de uma testemunha da defesa ou mesmo da acusação, **depois** do interrogatório do réu, cujo relato é vazio - nega ter conhecimento dos fatos imputados ou de qualquer circunstâncias fáticas subjacentes -, é absolutamente desinfluyente, em regra, para a tese defensiva, de modo que eventual nulidade por inversão só poderia ser declarada, em casos que tais, mediante demonstração de prejuízo concreto (art. 563 do CPP).

Assim, considerando a multiplicidade de cenários fáticos possíveis, entendo que a solução adequada é exigir a demonstração de prejuízo como regra para declaração de nulidade, em observância a norma processual, ressalvando, no entanto, a possibilidade de aferição de plano, quando as circunstâncias do caso e da inversão em si indicarem, *per se*, prejuízo concreto ao direito defesa.

Com essas considerações, proponho um ajuste na tese também nesse aspecto (prejuízo), de modo que a redação sugerida é a seguinte:

O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no artigo 400 do CPP, na pendência do cumprimento da

carta precatória, tangencia somente a oitiva das testemunhas e não o interrogatório. Eventual declaração de nulidade - decorrente da inobservância da ordem prevista na norma processual - demanda a alegação oportuna na forma do art. 571, I e II, do CPP, sob pena de preclusão, além da demonstração de prejuízo concreto (art. 563 do CPP), desde que não evidenciada, de plano, a ofensa ao contraditório e a ampla defesa.

Caso acolhida essa redação, entendo que, no caso concreto, deve ser acolhido o recurso defensivo no tocante à preliminar de violação dos arts. 400 c/c o 564, IV, do Código de Processo Penal.

Ora, a defesa suscitou a nulidade oportunamente (alegações finais), tendo inclusive requerido a remarcação do interrogatório da recorrente (designado para o dia 2/5/2019) para data subsequente do depoimento da testemunha de acusação (Márcio), designado para o dia 26/8/2019 - requerimento ignorado pelo Magistrado -, circunstância que elide má-fé na alegação.

Quanto ao prejuízo, o fato da testemunha ter referido às circunstâncias do crime imputado, apurado em auditoria, inclusive o *modus operandi* (cf. sentença - fl. 1.033), implicando diretamente a recorrente, indica, na minha concepção, circunstância relevante para a defesa, apta a indicar a desnecessidade de comprovação de prejuízo além daquele verificado com a própria oitiva precoce da testemunha.

Ante o exposto, caso acolhida a tese acima proposta, **dou parcial provimento** ao recurso especial, a fim de declarar a nulidade do interrogatório da recorrente, ante a inobservância da ordem preconizada no art. 400 do Código de Processo Penal, e, por conseguinte, da sentença condenatória, determinando que o ato processual seja renovado, julgando prejudicado os demais tópicos do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1946472 - PR (2021/0200884-2)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
RECORRENTE : **LOURDES MARIA DA SILVA**
ADVOGADO : **MARCELO LEBRE CRUZ - PR048594**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**
RECORRIDO : **SERCOMTEL S/A TELECOMUNICAÇÕES**
ADVOGADO : **PAULO ROBERTO PIRES - PR013103**
INTERES. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"**
ADVOGADO : **EDUARDO FLORES VIEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO - RS045116**

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. Razões do recurso e contextualização

LOURDES MARIA DA SILVA interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná** na Apelação Criminal n. 0065453-93.2011.8.16.0014.

Consta dos autos que a recorrente foi condenada à pena de 4 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, II, na forma do art. 71, ambos do CP, por 25 vezes.

A Corte estadual rechaçou as pretensões defensivas em acórdão assim ementado, no que interessa (fls. 1.304-1.306):

[...]

PLEITO DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE DOS AUTOS POR INVERSÃO DA ORDEM NA PRODUÇÃO DAS PROVAS, COM A OITIVA DE TESTEMUNHA DA

ACUSAÇÃO POSTERIORMENTE AO INTERROGATÓRIO DA RÉ - IMPOSSIBILIDADE - EXCEÇÃO EXPRESSAMENTE ADMITIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO QUANDO SE ESTÁ DIANTE DA EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS - ART. 222, §1º E ART. 400, AMBOS DO CPP -CONDENAÇÃO EMBASADA NÃO SÓ NO DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO OUVIDA POSTERIORMENTE AO INTERROGATÓRIO DA ACUSADA, MAS TAMBÉM EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO CONCRETO.
[...]

Nas razões do especial, a defesa sumariou suas teses da seguinte forma (fls. 1.377-1.378):

I. SÍNTESE FÁTICO-PROCESSUAL

I.I. Trâmite do processo em primeiro grau de jurisdição

I.II. Acórdão recorrido

I. III. Pressupostos recursais

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.I. PRELIMINARES

1. Da nulidade pela inversão da ordem legal dos atos processuais — art. 400 c/c art. 564, inciso IV do CPP.

1.1. Histórico dos acontecimentos

1.2. Fundamentos jurídicos que respaldam a tese defensiva e rechaçam as (inconsistentes) razões esposadas na decisão recorrida.

II.II. MÉRITO

2. Da absolvição por ausência de responsabilidade criminal.

2.1. Cotejo das provas e os pontos que sustentam a tese defensiva

2.2. A desordem estrutural (e contábil) da empresa e as dúvidas sobre a efetiva existência de um ilícito penal à espécie

2.3. Ausência de comprovação sobre a efetiva participação da recorrente nos supostos 'desvios'.

2.4. Ausência de provas sobre as elementares do tipo legal.

3. Subsidiariamente: da absolvição face ao primado do in dubio pro reo.

3.1. A situação patrimonial da acusada torna a acusação incompatível com a realidade

3.2. Das diversas contradições e pontos nebulosos da acusação

3.3. Da duvidosa "prova" produzida (unilateralmente) pela assistente de acusação: a coincidente notícia-crime apresentada pela empresa logo após a reclamatória trabalhista movida pela acusada.

3.4. Conclusões da defesa 4. Alternativamente: da imperiosa recapitulação da figura típica.

5. Reprimenda aplicada

5.1. Inadequações da pena basilar

5.2. Das vetoriais positivas e que não foram sopesadas em favor da sentenciada

5.3. Atenuante da senilidade

5.4. Afastamento da continuidade: ausência de comprovação da efetiva pluralidade delitiva e o compulsório reconhecimento de crime único.

Contrarrrazões do Ministério Público do Estado do Paraná às fls. 1.487-1.511.

Decisão de admissibilidade às fls. 1.523-1.532.

Às fls. 1.822-1.825, o Ministério Público Federal se manifestou pela inadmissibilidade do recurso especial como representativo da controvérsia, sob o argumento de que a questão suscitada já estava pacificada no âmbito da Terceira Seção desde o julgamento do **HC n. 585.942/MT** (Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 3ª S., DJe 14/12/2020).

Reafirmada pelo Presidente da Comissão Gestora de Precedentes a qualificação do presente recurso como representativo da controvérsia (fls. 1.829-1.831), o Ministério Público Federal então manifestou-se nos seguintes termos (fl. 1.860):

(a) solução da controvérsia na direção de permitir a realização de interrogatório em momento diverso do disposto no artigo 400 do CPP quando pender carta precatória, ao passo que sua expedição não suspende a instrução criminal (artigo 222, §1º, do CPP), salvo quando houver prejuízo à defesa concretamente demonstrado; e
(b) pelo não provimento do recurso especial, para que seja reconhecida a regularidade da instrução criminal, uma vez que não foi demonstrado prejuízo concreto à defesa decorrente do ato de inversão da ordem de inquirição.

Levado o feito a julgamento, o eminente relator votou pelo conhecimento parcial do recurso e, nessa extensão, pelo seu desprovimento, em voto assim ementado (destaques no original):

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TEMA 1.114. INVERSÃO DA ORDEM NO INTERROGATÓRIO DO RÉU. ART. 400 DO CPP. NULIDADE QUE SE SUJEITA À PRECLUSÃO TEMPORAL. ART. 571, INCISO II E ART. 572, AMBOS DO CPP E À DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À

DEFESA – ART. 563 DO CPP. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA PARTE NÃO PROVIDO.

I - Em que pese haver entendimento nesta corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima, a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem evoluindo e se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, no entanto, a alegação está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo.

II - Os parâmetros em aparente oposição são, portanto, o artigo 222, § 1º, do CPP e o art. 400 do mesmo diploma legal, ao que se pode enfeixar a controvérsia, colocando-se em ponderação os princípios da celeridade processual e do devido processo legal, especialmente na sua dimensão da ampla defesa.

III - A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzirão as provas, sejam elas testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida. Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem, eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório. Tal artigo, introduzido no ordenamento pela Lei nº11.719, de 2008, significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória.

IV - A moderna concepção do contraditório, segundo a qual a defesa deve influenciar a decisão judicial, o que somente se mostra possível quando a sua resposta se embasa no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar observância ao devido contraditório.

V - Sob outro enfoque, ao réu incumbe arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, ou no momento legalmente previsto, sob pena de preclusão, conforme dispõe o art. 572 e incisos, do CPP.

VI - No caso concreto, observa-se que a alegação foi feita em momento oportuno, contudo, não apontado o prejuízo concreto com a alteração da ordem prevista no art. 400, somente se limitando a afirmar ter sido ouvido antes da mais importante testemunha, Marcio, a única que foi ouvida depois do interrogatório. Destaco que a prova dos autos não é exclusivamente oral. Ao contrário, parte significativa do acervo se compõe de elementos de prova documentados tanto nas auditorias internas e externa, como nos depoimentos dos funcionários da empresa, além do relatório da empresa dando conta do modo de operação das fraudes praticadas pela ré.

VII - As demais alegações de mérito, relativamente à absolvição por ausência de responsabilidade criminal; à absolvição face ao primado do in dubio pro reo; à recapitulação da figura típica; e, por fim, à revisão da dosimetria da pena e regime prisional, não serão conhecidas em virtude de flagrante incidência da Súmula 7/STJ, dada a manifesta necessidade de revolvimento fático.

VIII - Não havendo similitude fática entre a matéria probatória exposta no presente caso e aquela que alicerça o reconhecimento da nulidade por violação à ordem do art. 400, de vez que aqui todos os depoimentos foram tomados antes do interrogatório, exceto um deles, cuja importância e comprovação do prejuízo não foram demonstrados.

IX - Tese jurídica: **O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão e à demonstração do prejuízo para o réu.**

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido.

II. Delimitação da controvérsia

A controvérsia central cinge-se a: “definir se, com a expedição de precatória, que não suspende a instrução criminal, nos termos do § 1º do art. 222 do Código de Processo Penal, tal situação autoriza ou não a realização de interrogatório do réu em momento diverso do previsto no art. 400 do Código de Processo Penal e se eventual alteração da ordem implica ofensa ao contraditório e à ampla defesa”.

Identifico, ainda, a necessidade de se estabelecer – caso reconhecido que o interrogatório deve ser sempre realizado ao final da instrução – se a nulidade decorrente da inquirição do acusado em momento diverso se sujeita à preclusão e à demonstração de prejuízo concreto à defesa.

III. Momento do interrogatório

Segundo o art. 5º, LIV, da CF: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**” (grifei). O princípio remonta a período distante e reapareceu, em 1215, na Carta de João Sem Terra. Na interpretação das leis, avança-se, cada vez mais, para o implemento de um devido processo legal

substancial, e não apenas o *procedural due process* (no que diz respeito ao aspecto formal ou procedimental).

A Constituição Federal nos mostra a abrangência dessa garantia, ao assegurar, no art. 5º, LV, da CF, o **contraditório** e a **ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes, aos acusados em geral, direito que engloba a perspectiva de, **pessoalmente** e perante a autoridade judicial competente, o próprio processado confrontar as imputações e as provas produzidas em seu desfavor. Como não é possível se defender de algo que não se sabe, o meio de prova deve ser realizado **ao final da instrução**.

Por isso, 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. 394, § 2º, do Código de Processo Penal, por sua vez, determina que "aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial". Por essa razão, esta Corte Superior de Justiça vinha adotando o entendimento de que o procedimento comum deveria ser o empregado 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 à legislação especial.

No entanto, o tema relativo ao momento do interrogatório do acusado –

subjacente a este recurso – tem merecido novo olhar das Cortes Superiores, especialmente a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do **HC n. 127.900/AM** (Rel. Ministro **Dias Toffoli**, Tribunal Pleno, DJe 3/8/2016). Na ocasião, a Suprema Corte 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**, depois da 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 decidido no mencionado habeas corpus seja diverso da hipótese dos autos – porque aquele caso nada tem a ver com a realização do interrogatório do acusado antes da oitiva de testemunha por meio de carta precatória –, 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 – uma vez 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.**

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.**

Foi esse mote que norteou, neste Superior Tribunal, o julgamento do **HC n. 585.942/MT** (Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**), em que a Terceira Seção revisou a interpretação do art. 222, § 1º, do CPP para compreender que, **mesmo no caso de expedição de carta precatória** – a qual, segundo o referido dispositivo, não suspende a instrução criminal –, o interrogatório do réu também deve ser realizado como último ato do processo. Confira-se a ementa redigida para o julgado:

[...]

1. Existem precedentes nesta Corte Superior, partindo da interpretação dos arts. 400 e 222 do Código de Processo Penal, que consideram válido o interrogatório do acusado quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e do ofendido.

2. Essa compreensão, no entanto, não está em harmonia com os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como com a jurisprudência consolidada na Suprema Corte, firme no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório do réu deve ser o último ato de instrução.

3. Importante ressaltar a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, de que 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.

4. Atualmente é assente o entendimento de que o interrogatório do acusado é instrumento de defesa, o que, em uma perspectiva garantista, pautada na observância dos direitos fundamentais, proporciona máxima efetividade se realizado ao final da instrução. De fato, a concretização do interrogatório antes da oitiva de testemunhas e da vítima priva o acusado de acesso pleno à informação, já que se manifestará antes da produção de parcela importante de provas. Além disso, reflete diretamente na eficácia de sua reação e na possibilidade de influenciar o julgamento, não lhe permitindo refutar, ao menos diretamente (autodefesa), questões apresentadas com a oitiva de testemunhas e do ofendido. A inversão do interrogatório, portanto, promove nítido enfraquecimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, indevido, a meu ver, no âmbito da persecução

penal.

5. Nessa perspectiva, ao dispor que a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal, o § 1º do art. 222 do CPP não autorizou, no meu sentir, a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do CPP, vale dizer, ao final da instrução. Oportuno ressaltar que o art. 222 do CPP está inserido em capítulo do Código de Processo Penal voltado ao procedimento relacionado às testemunhas (Capítulo VI do Código de Processo Penal - Das Testemunhas), e não com o interrogatório do acusado.

6. Outrossim, a redação do art. 400 do CPP elenca, claramente, a ordem a ser observada na audiência de instrução e julgamento, de forma que a alusão expressa ao art. 222, em seu texto, apenas indica a possibilidade de inquirição de testemunhas, por carta precatória, fora da ordem estabelecida, não permitindo o interrogatório do acusado antes da inquirição de testemunhas.

7. Na hipótese dos autos, o acusado foi interrogado antes da oitava de testemunhas, por carta precatória. No entanto, conforme informações prestadas pelo Magistrado singular, a defesa técnica do réu somente arguiu suposta nulidade em seu último pedido, protocolizado em 19/3/2020, ou seja, após a realização de todas as oitavas supracitadas, o que reverbera na nulidade de algibeira. Assim, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, não se mostra viável acolher o pedido de nulidade, especialmente quando não aventado no momento oportuno.

8. Conquanto indevido o requerimento de nulidade, considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o fato de que a instrução ainda não encerrou, a necessidade de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o disposto no art. 196 do Código de Processo Penal, que autoriza a realização de novo interrogatório, entende-se que a ordem deve ser parcialmente concedida para determinar que se proceda a novo interrogatório do acusado ao final da instrução.

[...]

10. Ordem parcialmente concedida para determinar a realização de novo interrogatório do acusado ao final da instrução.

(HC n. 585.942/MT, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 3ª S., DJe 14/12/2020)

Firmadas essas premissas, estou de acordo com o eminente relator quanto à necessidade de que o interrogatório do acusado seja realizado ao final da instrução, mesmo quando houver testemunha a ser ouvida por meio de carta precatória.

Cumpre examinar, agora, se a nulidade decorrente da inquirição do acusado em momento diverso se sujeita à preclusão e à demonstração de prejuízo concreto à defesa.

IV. Preclusão e demonstração de prejuízo ao réu

No julgamento do **REsp. n. 1.808.389/AM** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6^a T., DJe 20/11/2020) e do **REsp n. 1.825.622/SP** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6^a T., DJe 28/10/2020), expressei a compreensão – acompanhada pela Turma – de que o interrogatório do réu deve ser sempre o último ato da instrução, sob pena de nulidade, a qual independeria, conforme propus à época, da demonstração concreta de prejuízo – para além da própria condenação – e da existência de alegação do vício pela defesa na própria audiência.

Entretanto, no julgamento da **RvCr n. 5.563/DF**, em 12/5/2021, o tema foi enfrentado pela Terceira Seção deste Superior Tribunal e, na ocasião, fiquei vencido. Prevaleceu o entendimento majoritário de que para se reconhecer a nulidade pela inversão da ordem de interrogatório é necessário que o inconformismo haja sido manifestado pela defesa na primeira oportunidade de falar nos autos e que seja demonstrado o prejuízo sofrido. Confirma-se a ementa do julgado:

[...]

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.

2. Isso não obstante, esta Corte Superior já consolidou entendimento no sentido de que, para se reconhecer nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, "é necessário que o inconformismo da Defesa tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão" (HC 446.528/SP, Rel. p/ acórdão Ministro FELIX FISCHER, j. 11/9/2018, DJe 20/9/2018). Precedentes: [...].

3. De igual forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é assente em afirmar que a inversão na ordem do interrogatório do réu constitui nulidade relativa e sujeita à preclusão. Nesse sentido, entre outros: [...].

4. Tendo ficado consignado, no acórdão rescindendo, que a questão estaria preclusa, já que não foi alegada pela defesa

tempestivamente na própria audiência em que realizado o ato, vindo a ser alegada apenas em sede de embargos de declaração em apelação criminal, e que não fora demonstrado efetivo prejuízo, não se configura a alegada violação a literal dispositivo de lei, apta a oportunizar a rescisão do julgado com base no art. 621, I, do CPP.

5. Revisão criminal julgada improcedente.

(RvCr n. 5.563/DF, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 3ª S., DJe 21/5/2021)

De fato, a doutrina e a jurisprudência pátrias têm caminhado de modo a temperar, ou mesmo derrotar, a rígida categorização de institutos jurídicos que caracterizou a doutrina clássica.

Um exemplo é a divisão das nulidades processuais, tradicionalmente feita pela doutrina em **nulidades relativas e absolutas** (ou mesmo indicativas de inexistência do ato jurídico), entre cujas distinções se encontrava a dispensa, em relação às últimas, da demonstração do prejuízo causado à parte interessada pela atipicidade processual, além da não sujeição à preclusão.

É sabido que a forma – embora garantia de proteção do indivíduo diante do Estado punitivo – não é fim em si mesma; tem uma ontologia e funcionalidade instrumental, a serviço, pois, do correto desenvolvimento do processo para sua finalidade última, a realização da justiça, material e procedimental. Com base nessa compreensão, a doutrina e a jurisprudência pátrias acabaram por relevar a sobredita distinção, assentando o entendimento de que, mesmo quando se trata de nulidade tida como absoluta, não se dispensa a consideração sobre prejuízos que venha ela a causar à parte interessada.

Bem a propósito, vale, exemplificativamente, a colação da moderna doutrina, *inter alia*, de Antonio Cabral e Daniel Zaclis, *in verbis*:

[...] os atos processuais não serão anulados por qualquer atipicidade formal quando, mesmo se praticados de outra maneira, atingirem sua finalidade", pois, "por vezes, não se pode danificar a tramitação do processo por qualquer irregularidade formal sem antes examinar 'as finalidades do ato', ou seja, sua função no processo". Neste casos, "o respeito às formas cede espaço para seu sentido teleológico, o *modus faciendi* é suplantado pela causa *finalis*" (CABRAL, Antonio do Passo. *Garantismo Penal Integral*.

Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modo garantista no Brasil, 2ª tiragem. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 381-382).

A rigor, em nosso sistema processual-penal, não se pode falar em nulidade sem prejuízo. Conquanto se estabeleçam diferentes meios para verificação do conteúdo do prejuízo, é certo que sem ele não há ato nulo. Por isso, parece correto afirmar que o prejuízo constitui um pressuposto da nulidade; é preciso analisar, como antecedente necessário, a incidência de um prejuízo às partes causado pelo ato processual defeituoso, pois somente assim poder-se-á falar em invalidade. Frise-se, um erro processual desprovido de prejuízo não gera nulidade. Ao se atribuir, ao prejuízo, natureza jurídica de pressuposto na teoria das nulidades, torna-se coerente uma vez mais insistir na ideia de que, independentemente da gravidade do defeito, sempre será imprescindível a concretização de um dano para declaração do ato nulo. (ZACLIS, Daniel. *As nulidades no processo penal*. Estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. São Paulo: GZ Editora, 2016, p. 115-116).

[...] para que não se faça letra morta da legislação em vigor [...], é preciso rechaçar as teses que propõem a presunção do prejuízo na nulidade absoluta, ou mesmo a desnecessidade da existência deste (prejuízo) em determinados casos. Ao que parece, tais posicionamentos, com vistas a buscar uma estruturação lógica em uma teoria tecnicamente descuidada, recorrem a uma simplificação do tema do prejuízo, deixando de lado aspectos conceituais basilares. Não se deve olvidar que o prejuízo configura um pressuposto da nulidade. Ao não gerar qualquer prejuízo às partes, ressalte-se, o ato processual não será nulo. De se remeter novamente ao artigo 563 do Código de Processo Penal que, expressando o adágio *pas de nullité sans grief*, insere uma norma-regra, que e como tal, promove uma *imposição definitiva*. Da leitura de tal dispositivo legal não pode haver outra interpretação senão aquela que exige, sim, de todas as nulidades - relativas ou absolutas - a existência do prejuízo (ZACLIS, Daniel. *idem*, p. 118).

Assim também já expressavam Grinover, Scarance e Magalhães, professores das Arcadas, em festejada obra sobre o tema, ao assinalarem que "predomina hoje em dia o sistema da instrumentalidade das formas em que se dá mais valor à finalidade pela qual a forma foi instituída e ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal" (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 27, 7. ed. rev. e

atual. São Paulo: RT, 2001).

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal vem orientando seus julgados sob esse ponto de vista:

[...]

III - Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, "a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* **compreende as nulidades absolutas**" (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). [...] V - Ordem denegada. (**HC n. 122.229**, Rel. Ministro **Ricardo Lewandoski**, 2ª T., DJe 29/5/2014, destaquei)

[...]

III - **A orientação desta Suprema Corte é a de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo.** Incidência da Súmula 523/STF.

[...]

V – Agravo regimental a que se nega provimento. (**ARE n. 1.398.044 AgR-segundo**, Rel. Ministro **Ricardo Lewandowski**, 2ª T., DJe 7/11/2022, grifei)

[...]

1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que o **“princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção”** (HC n. 132.149-AgR, Rel. Ministro **Luiz Fux**, destaquei).

[...]

4. Hipótese de paciente condenado (em primeira e segunda instâncias) a 7 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pelo crime de homicídio (art. 121, *caput*, do CP). Conforme afirmou o Superior Tribunal de Justiça, “após o julgamento da apelação criminal, a defesa manifestou-se nos autos sucessivas vezes sem, contudo, alegar a referida nulidade. (...) Por fim, **a defesa não demonstrou efetivamente o prejuízo decorrente da alegada nulidade**”.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (**HC n. 221.838 AgR**, Rel. Ministro **Roberto Barroso**, 1ª T., DJe 3/2/2023, grifei)

Em igual direção, o Superior Tribunal de Justiça:

[...]

3. Além do mais, o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal, seja absoluta ou relativa, reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*).

[...]

15. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.969.578/SC, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 2/6/2023)

[...]

3. Recorrente que se limita a sustentar que o interrogatório judicial deve ser o último ato da instrução, **sem demonstrar concretamente que prejuízos a defesa sofreu** diante da realização do interrogatório dos acusados antes do término da instrução criminal das ações penais conexas, decorrentes do desmembramento. **É entendimento deste Superior Tribunal que a alegação de nulidade, absoluta ou relativa, deve ter como pressuposto o indispensável prejuízo.** Precedente.

4. Ademais, inexistindo sentença, inviável até aquilatar o prejuízo, indispensável ao reconhecimento da nulidade.

[...]

(RHC n. 170.931/RJ, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 13/4/2023)

Nessa linha, é possível constatar que "[a] jurisprudência desta Corte evoluiu para considerar que no processo penal mesmo as nulidades absolutas exigem prejuízo e **estão sujeitas à preclusão**" (RHC n. 43.130/MT, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 16/6/2016, destaquei).

Significa dizer que, em respeito à segurança jurídica e à lealdade processual, o STJ tem orientado que **mesmo as nulidades absolutas devem ser arguídas em momento oportuno e sujeitam-se à preclusão** (AgRg no AREsp n. 699.468/PR, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 24/5/2017; AgRg no HC n. 527.449/PR, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, 5ª T., DJe 5/9/2019, e AgRg no HC n. 593.029/MT, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 21/6/2022).

Na mesma direção:

[...]

4. **Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, as nulidades absolutas estão sujeitas à preclusão.**

5. Ausente ilegalidade patente, não há se falar em concessão de ordem de habeas corpus de ofício.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.992.063/CE, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 23/2/2023, destaquei)

[...]

3. **As nulidades ocorridas durante a sessão de julgamento do Tribunal do júri devem ser suscitadas na própria sessão, com o respectivo registro em ata, art. 571, VIII, do Código de Processo Penal, sob pena de preclusão. Ainda que se entenda, tratar-se de nulidade absoluta a jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça "em respeito à segurança jurídica e a lealdade processual, tem se orientado no sentido de que mesmo as nulidades denominadas absolutas também devem ser arguidas em momento oportuno, sujeitando-se à preclusão temporal"** (AgRg no HC 527.449/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/8/2019, DJe 5/9/2019).

4. No campo das nulidades no processo penal, seja relativa ou absoluta, o art. 563 do CPP institui o conhecido princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo e, na mesma linha, a Súmula 523/STF enuncia que "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

[...]

(HC n. 780.310/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 22/2/2023, grifei)

Dessa forma, **revisitando minha compreensão anterior sobre o tema**, entendo adequada e consonante com a jurisprudência desta Corte a exigência proposta pelo relator – sobretudo para que não se estimule a invocação de nulidades de algibeira – de que “ao réu incumbe **arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão**”.

Divirjo parcialmente, porém, da proposta de que “Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, ou no momento legalmente previsto, sob pena de preclusão, conforme dispõe o art. 572 e incisos, do CPP”.

Decerto que, como ponderei acima, **tem sido exigida da defesa a demonstração de prejuízo quando se trata de situações configuradoras de certas atipicidades processuais** – como, *v. g.*, a 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 ao acusado, a demandar, portanto, avaliação caso a caso.

Penso, todavia, que tal raciocínio não pode ser estendido de maneira automática 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 depois da produção da prova, de modo a poder refutar, com maior alcance, as provas e as alegações produzidas pelo órgão acusador.

Com efeito, a autodefesa 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 mediante o 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 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.

É bem verdade que julgados desta Corte Superior de Justiça exigem, em relação aos processos com instrução ainda em curso, a demonstração **do efetivo prejuízo sofrido em razão da inversão da ordem do interrogatório para reconhecimento da 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 configuração 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 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 (p. 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" (p. 48-49).

Daí por que o eminente Ministro **Celso de Mello** chegou a afirmar, no **HC n. 173.800/SP**, no qual se discutia justamente a não realização do interrogatório ao final de instrução, 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*’. Para ele, “esse entendimento apoia-se em valiosos precedentes que o Supremo Tribunal Federal firmou na análise dessa questão, como se vê dos seguintes julgados emanados desta Corte, que advertiu, para os fins a que alude o art. 563 do CPP, que se presume ocorrente o prejuízo quando inobservadas formalidades essenciais que densificam princípios de ordem constitucional [...]” (**HC n. 173.800/MG**, Rel. Ministro **Celso de Mello**, DJe 4/2/2020).

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. Tradução coletiva. RT: 2002, p. 486, item n. 2).

Se o interrogatório é um **ato essencialmente de autodefesa**, não se pode negar ao acusado 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.

Nessa situação, exigir **da defesa** a demonstração de prejuízo para o reconhecimento da nulidade – **à qual não deu causa** – 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.

Não por outra razão, a Terceira Seção deste Superior Tribunal entendeu recentemente, à unanimidade, no que diz respeito à necessidade de que o adolescente seja ouvido ao final da instrução nos processos de apuração de ato infracional regidos pelo ECA, que: **“regra geral, para acolhimento da tese de nulidade, faz-se necessário que a defesa a aponte em momento processual oportuno, quando o prejuízo à parte é perceptível por mero raciocínio lógico”**. Assentou-se, naquele caso concreto, que **“O prejuízo suportado pelo adolescente é identificável por meio de mero raciocínio lógico, pois, uma vez aplicado o rito do art. 400 do CPP, o interrogatório deixou de ser realizado como último ato da instrução, o que violou as garantias básicas do processado” (HC n. 769.197/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 3ª S., DJe 21/6/2023)**.

É dizer, naquela ocasião, **a Seção não impôs à defesa o ônus de demonstrar o prejuízo.**

Assim, evoluindo no raciocínio que formulei no julgamento dos **REsp. n. 1.808.389/AM e 1.825.622/SP**, proponho uma **solução intermediária**, que, no meu entender, é capaz de conciliar os interesses em jogo e assegurar o delicado – e sempre necessário – **equilíbrio entre eficiência e garantismo no processo penal**.

Sugiro, nessa perspectiva, que, **em vez de se exigir da defesa a demonstração do prejuízo ou, em sentido diametralmente oposto, de se presumir, de forma absoluta, a ocorrência dele pelo mero fato de ter havido**

condenação, ele deve ser presumido de forma relativa. É dizer, cabe a quem deseja se valer do ato realizado em desacordo com a forma legal (o órgão de acusação ou o julgador) o ônus de demonstrar, argumentativamente, que, a despeito da realização do interrogatório antes de oitiva da testemunha deprecada, isso não acarretou prejuízo concreto ao réu.

Imagino, como exemplo, hipótese em que a testemunha ouvida depois do acusado nada traga de relevante sobre os fatos imputados na denúncia, como seria o caso de uma testemunha meramente abonatória ou alguém que não se recorde do ocorrido.

Evitam-se, dessa forma, dois tipos de situações indesejadas. De um lado, **retira-se da defesa o difícil ônus de demonstrar que, caso o réu fosse ouvido ao final da instrução, o resultado do julgamento poderia ser diverso; de outro, resguarda-se a efetividade e a instrumentalidade do processo** com a possibilidade de preservar atos que, apesar de realizados em desacordo com a forma legal, cumpriram sua finalidade suficientemente e não acarretaram efetivo prejuízo ao acusado.

V. O caso dos autos

Na sentença, o Juízo singular afastou a nulidade aventada pela defesa com os fundamentos a seguir (fl. 1.019):

Arguiu a douta Defesa, preliminarmente, a nulidade da audiência de instrução, por ter sido realizado o interrogatório da ré antes da oitiva da testemunha Márcio Antônio Galete. Entretanto, a expedição de carta precatória para oitiva de testemunhas não suspende a instrução criminal, haja vista o teor do artigo 222, § 1º, do Código de Processo Penal, de modo que o andamento processual foi o devido. Ademais, não foi demonstrado nenhum prejuízo, nem se o constata de plano (pas de nullité sans grief), não havendo falar em nulidade. Destarte, reporto-me aos fundamentos já exarados nos despachos de movimentações 166.2 e 170.1 e REJEITO a preliminar arguida, passando à análise do mérito.

A Corte estadual, por sua vez, neste ponto, afirmou que (fls. 1.308-1.309,

grifei):

[...] d) não se olvida a importância e a necessidade de observância das normas que regem o rito ordinário e a ordem dos atos processuais, tratando-se de garantia fundamental, porém, constata-se que o próprio ordenamento excepciona, em certas e específicas hipóteses, as suas próprias normativas, como é o caso das cartas precatórias (art. 222, §1º, c/c art. 400, ambos do CPP); e) dessa forma, bem é de ver que na hipótese vertente foi a própria defesa quem pugnou pela realização do interrogatório da acusada por meio de carta precatória (mov. 87.1), pelo que, diante da necessidade da oitiva da testemunha de acusação Márcio em audiência de instrução e julgamento (que inicialmente tinha sido realizada em 22 de fevereiro de 2019 – mov. 157.1), em data posterior (mov. 187.3 – 26 de agosto de 2019), não há que se falar em qualquer irregularidade no tocante a não suspensão da instrução criminal pela realização do supramencionado interrogatório por meio da carta precatória (mov. 175.16 – 02 de maio de 2019), que já havia sido expedida (mov. 175.1 – 22 de janeiro de 2019) neste interregno ; e f) em que [2] pesem os argumentos apresentados pela defesa técnica, **não há que se falar em prejuízo da defesa pela oitiva da testemunha Márcio após o interrogatório da inculpada, ao passo que o teor da narrativa da supramencionada testemunha não trouxe elementos inovadores se comparados com os depoimentos das demais testemunhas de acusação, sendo certo, ademais, que a condenação não restou embasada estritamente no mencionado depoimento, mas sim no conjunto de todas as provas orais coligidas e provas documentais produzidas** (STJ – Quinta Turma – Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.438.108/SP – Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK – Julg. 25/06/2019).

O eminente relator, Ministro **Messod Azulay**, acolheu em seu voto a fundamentação das instâncias ordinárias e asseverou que:

Contudo, não restou **demonstrado o prejuízo** concreto para a defesa arcado em virtude da alteração da ordem prevista no art. 400, do CPP. Em suas razões recursais, **a recorrente se limita a afirmar ter sido ouvida antes da "mais importante testemunha", Marcio, a única que prestou seu depoimento depois do interrogatório.**

Destaco que a prova dos autos não é exclusivamente oral. Ao contrário, parte significativa do acervo se compõe de elementos de prova documentados, tanto nas auditorias internas e externa, como nos depoimentos dos funcionários da empresa, além do relatório da empresa dando conta do modo de operação das fraudes praticadas pela ré.

Em sendo assim, não há similitude fática entre a matéria probatória exposta no presente caso e aquela que alicerça o

reconhecimento da nulidade por violação à ordem do art. 400, de vez que todos os depoimentos foram tomados antes do interrogatório, exceto um deles, cuja importância e **comprovação do prejuízo** não foi apontada.

Peço vênia para fazer **dois apontamentos** em relação ao conteúdo da passagem acima transcrita, que a ela se contrapõem em duas dimensões distintas e, no meu entender, reforçam a necessidade de se dar provimento ao recurso no caso concreto, **ainda que o colegiado eventualmente não acolha a tese abstrata que propus no item anterior.**

Em primeiro lugar considero importante **distinguir “comprovação” de “demonstração/indicação” do prejuízo.**

Embora a jurisprudência e mesmo a doutrina muitas vezes usem essas expressões de maneira indistinta, penso que há, entre elas, uma diferença relevante.

Quando se fala em “comprovar” o prejuízo, não se trata, a meu ver, de uma questão propriamente de prova, mas sim de argumento. É dizer, **não se deve exigir que a defesa produza prova, em sentido técnico, do prejuízo, mas sim que demonstre, argumentativamente, em que medida ele se configurou.**

Daí por que considero mais adequado falar-se em demonstração ou indicação do prejuízo, uma vez que se cuida de **ônus argumentativo**, e não efetivamente probatório, como poderia levar equivocadamente a entender a expressão “comprovação do prejuízo”.

Assentado nessa premissa, registro, como **segundo apontamento**, que, **mesmo se atribuído à defesa esse ônus, ela dele se desincumbiu no caso concreto.**

Deveras, não me parece, como constou no voto do ilustre relator, que “a recorrente se limita a afirmar ter sido ouvida antes da ‘mais importante testemunha’, Marcio, a única que prestou seu depoimento depois do interrogatório”.

Veja-se que, às fls. 1.406-1.407, **a defesa aponta concretamente o prejuízo** decorrente da inversão da ordem do interrogatório (grifei):

A referida alteração legislativa reforçou a vigência de um sistema de persecução penal acusatório, no qual o interrogatório não é mais um ato do juízo, mas sim "ato da defesa" (não por outra razão, foi alçado ao último momento da audiência de instrução). Sendo um ato instrumental e necessário para sua defesa, é imprescindível que a parte acusada tenha plena ciência de tudo o que há (ou pode recair, a título acusatório) contra ela.

Por isso, quando uma testemunha do Ministério Público é ouvida antes do interrogado, seu conhecimento (sobre a íntegra da acusação) resta profundamente maculado, o que gera a aventada nulidade, com fulcro no art. 564, inciso IV do CPP.

No caso em tela, a situação é ainda mais grave e de compulsória observância. Isso porque, a testemunha acusatória foi responsável por auditoria realizada na empresa dita vítima e expressamente trouxe conteúdos acusatórios diretos contra a aqui recorrente Sr. Lourdes Maria. Alegou, por exemplo, que "... os cheques encaminhados para a custódia da acusada foram desviados (..) acabou sendo enviado valor menor; (..) que foram fazer o levantamento dos cheques devolvidos e constataram a diferença, que os cheques foram encaminhados para uma conta `cobrável'..." (Mov. 187).

Importante destacar que as palavras da testemunha seguem numa linha diametralmente oposta daquela trazida pela acusada em seu interrogatório judicial. Inclusive, ela fez questão de delimitar que o processo de recebimentos e envios dos cheques não passava apenas por sua gestão, algo diferente do que consta no depoimento da referida testemunha.

Trata-se, pois, de relevante contradição, cuja escorreita verificação seria imprescindível para delimitação da suposta autoria.

Contudo, conforme delimitado, as acusações assacadas não puderam ser diretamente contraditas pela recorrente, visto que sua oitiva já havia ocorrido em momento anterior. Ou seja, ela não pôde exercer parte relevante do seu direito de defesa e contraditório.

À defesa, que já havia pleiteado (por duas vezes) pela correção do curso processual, e teve seu pleiteou negado em ambas oportunidades, coube apenas tentar refutar as alegações da testemunha em seus memoriais escritos, o que, por certo, não foi suficiente.

E a alegação defensiva se confirma pelo exame da fundamentação da sentença, na qual se constata que o Juízo singular dedicou nada menos do que **três páginas completas** ao depoimento da testemunha Márcio, ouvida depois da ré.

Confira-se (fls. 1.029-1.031):

A testemunha Márcio Antônio Galete, inquirida na movimentação 187.2 (mídia digital de mov. 187.3), declarou ser servidora da empresa "Sercomtel" e ter participado do levantamento inicial dos fatos.

Relatou que a denunciada recebia cheques pré-datados de pagamentos de clientes e precisava efetuar a captura pelo leitor, elaborar um relatório e encaminhar ao banco. O valor somado dos cheques era o que deveria ser repassado para o banco a fim de ser custodiado.

Segundo o depoente, a partir de determinado momento, a "Sercomtel" passou a trabalhar com o "Banco Real", transferindo a ele a responsabilidade pelos controles. Anteriormente, quem fazia a responsabilidade pelo controle do "Banco Bradesco" era da ré. A partir de então, a prática delitativa cessou.

Explicou que os cheques são capturados, fazia-se uma ficha de lançamento, contabilizando-se. Nesse caso, em vez de encaminhar o valor da totalidade, era encaminhado um valor inferior. Quando uma determinada pessoa notou que havia dinheiro no caixa sobrando, efetuaram um levantamento de "cheques devolvidos".

No caso, o cheque foi devolvido pelo banco pela primeira vez, que poderia ser reapresentado, e foi encaminhado para uma conta de "cheque incobrável", retornando ao caixa. Entretanto, esse cheque não poderia ser depositado se não houvesse a "entrada" no caixa. A denunciada fazia o depósito no banco, no próprio posto dentro da "Sercomtel".

Acredita que ela tenha dado "saída" em um cheque, colocou-o no caixa e retirou o dinheiro; por isso, não foi depositado. Não havia nenhuma ficha anotando a "entrada" novamente no cheque.

Como o cheque ainda era "bom" para o depósito, por haver uma única devolução, ela o depositava e subtraía o dinheiro. Esse foi o caso em que se identificou o valor de R\$ 7.766,49 (sete mil setecentos e sessenta e seis reais e quarenta e nove centavos).

Retomaram todas as "saídas" de cheques para custódia até averiguarem o montante de R\$ 502.601,34 (quinhentos e dois mil e seiscentos e um reais e trinta e quatro centavos). Nenhuma outra pessoa poderia ter feito isso, porque se o "caixa" deu a "saída" em determinado valor, que deveria ser encaminhado ao banco, seria ele o responsável.

Após analisarem o primeiro fato, solicitaram uma relação de todos os "cheques devolvidos". Como a denunciada demorou certo tempo para fazer essa entrega, o gerente pediu para que fosse até a unidade em que ela trabalhava e pegasse todos os "cheques devolvidos". Isso se deu pois ela deveria fazer um lançamento no sistema quando recebia esses cheques, o que não existia.

Esclareceu que, para a contabilidade da "Sercomtel", constava como quitada a dívida do cliente, que fez o pagamento por meio de cheques pré - datados. Com a devolução destes, deveria encaminhá-los a uma conta judicial, em outro setor, e posteriormente o cliente seria cobrado judicialmente.

Caso o cheque fosse devolvido duas vezes, entravam em contato

com o cliente, informando o ocorrido e solicitando para que comparecesse à empresa para fazer a troca. No entanto, não tinham essa informação porque a acusada segurava as cártulas. Quando o cheque retornava devolvido era encaminhado para o caixa e, assim, a ré deveria fazer uma ficha dando "entrada" no caixa dela, pois deveria recepcionar o valor.

Segundo a testemunha, fizeram os levantamentos entre "saída" do caixa e "entrada" no banco e os fatos ocorreram entre os anos 2005 e 2008. Ela foi exonerada após essa ocorrência. A acusada era mais antiga que ele na empresa, pois ingressou na função de telefonista. Do lado do caixa da acusada havia outras pessoas. Era necessário um substituto no horário do almoço, porém cada um permanecia em seu próprio caixa. Caso alguém tivesse de assumir o caixa de outrem em razão de férias, era instruído a fazer a conferência.

Declarou ser tesoureiro, porém não exercia hierarquia sobre a denunciada. Não faziam as conferências contábeis, contudo, ocorriam auditorias de valores em conta corrente mensalmente.

Esclareceu que a "Sercomtel Celular" nunca teve um sistema de arrecadação próprio; assim, o repasse era feito pela "Sercomtel S.A.", porém pertencia ao setor de "Contas a pagar".

A chave do cofre e a sua manutenção era de responsabilidade do "caixa". Outras pessoas não o acessavam. O cheque era devolvido no posto, onde a denunciada fazia a retirada para dar a entrada no caixa. Em tal período, a ré trabalhava sozinha, de modo que a chave e o cofre eram de seu encargo e outras pessoas não possuíam acesso.

No caso, não se tratava do que continha no cofre, mas sim do que era encaminhado ao banco. Sempre que havia diferença de caixa, os funcionários eram obrigados a fazer a comunicação e em nenhum momento isso ocorreu por parte da ré.

Caso fosse necessário, a acusada poderia delegar a responsabilidade do cofre a outra pessoa, todavia, conforme instrução, ela deveria efetuar uma conferência. Usavam o sistema Access e toda vez que se dava "saída" em um cheque, bem como no caso dos "cheques devolvidos", deveria ocorrer o registro em tal sistema. Não soube informar se a acusada compartilhava o seu login e senha com outras pessoas.

Ademais, havia um controle dos "cheques devolvidos" pelo sistema de Access, porquanto se tratava de um banco de dados, o que possibilitava a realização de consultas. Relatou haver um único caixa da empresa "Sercomtel" e não havia como ser transportado um cheque de uma unidade para a outra. As vendas eram todas capturadas na própria unidade.

Ademais, à fl. 1.033, depois de transcrever o depoimento, o Magistrado ainda **o valorou de forma expressa e relevante** para formar sua convicção (fl. 1.033):

No mesmo sentido, o tesoureiro Márcio Antônio Galete descreveu

as circunstâncias em que foram descobertos os desfalques na empresa, apurados pelos levantamentos e auditorias promovidos, que constataram a subtração de um montante de R\$ 502.601,34 (quinhentos e dois mil e seiscentos e um reais e trinta e quatro centavos), referente aos relatórios de "saída" de cheques do caixa da acusada, que não foram efetivamente depositados no "Banco Bradesco".

Além disso, explicou como a denunciada procedia em sua ação delituosa, bem como assegurou que as subtrações cessaram após ter assumido as conferências das movimentações efetuadas pelos caixas.

A par disso, é incontestável o valor probatório das auditorias instauradas na empresa, alusivas ao período entre maio de 2001 e dezembro de 2009, anexadas às movimentações 1.2 a 1.9, coincidente com a data em que houve a subtração dos valores da empresa.

Diante dessas considerações, entendo devidamente configurado o prejuízo à recorrente em virtude da antecipação do interrogatório.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, **divirjo** do eminente relator para **dar provimento ao recurso** a fim de **anular** a condenação e determinar que seja realizado novo interrogatório da acusada.

Já no que concerne à **tese** a ser firmada sob o rito dos recursos repetitivos, proponho a realização de alguns ajustes na redação sugerida pelo relator, nos seguintes termos: "(a) **O interrogatório do réu deve ser sempre o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, na pendência do cumprimento de carta precatória (art. 222, § 1º, do CPP), diz respeito somente à oitiva das testemunhas, e não ao interrogatório. (b) O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão e a defesa deve arguí-la na própria audiência ou até as alegações finais, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade assim que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. (c) A configuração de prejuízo concreto à defesa, embora necessária para reconhecimento da nulidade, deve ser presumida de forma relativa em caso de condenação: cabe a quem desejar se valer do ato realizado em desacordo com a forma legal**

(órgão de acusação e/ou julgador) o ônus de demonstrar, argumentativamente, que, a despeito da realização do interrogatório antes de oitiva da testemunha deprecada, isso não acarretou prejuízo concreto ao réu”.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2021/0200884-2

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.946.472 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00654539320118160014 654539320118160014

PAUTA: 23/08/2023

JULGADO: 13/09/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LOURDES MARIA DA SILVA
ADVOGADO : MARCELO LEBRE CRUZ - PR048594
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
RECORRIDO : SERCOMTEL S/A TELECOMUNICAÇÕES
ADVOGADO : PAULO ROBERTO PIRES - PR013103
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : EDUARDO FLORES VIEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO -
RS045116

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

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

Retomado o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, quanto ao caso concreto, dando parcial provimento ao recurso especial, a fim de declarar a nulidade do interrogatório da recorrente, ante a inobservância da ordem preconizada no art. 400 do Código de Processo Penal, e, por conseguinte, da sentença condenatória, determinando que o ato processual seja renovado, julgando prejudicado os demais tópicos do recurso, e o voto divergente do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, dando provimento ao recurso a fim de anular a condenação e determinar que seja realizado novo interrogatório da acusada, e os votos dos Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik conhecendo parcialmente do recurso especial repetitivo e, nesta extensão, negando-lhe provimento, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, a Terceira Seção, por maioria, conheceu parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, que dava parcial provimento ao recurso especial, e Rogerio Schietti Cruz, que dava provimento ao recurso. Quanto à tese referente ao Tema Repetitivo n. 1114, a Terceira Seção, por maioria, a fixou da seguinte forma: "O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos, parcialmente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz,

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2021/0200884-2

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.946.472 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

que reconheciam o prejuízo de forma mais ampla que a maioria.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz, quanto ao caso concreto.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Laurita Vaz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto ao caso concreto.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz, quanto à tese.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Laurita Vaz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto à tese.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1933759 - PR (2021/0116367-0)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
RECORRENTE : J P G
ADVOGADO : MARCELO JUNGLES DE MORAIS - PR081446
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TEMA 1.114. *INVERSÃO DA ORDEM NO INTERROGATÓRIO DO RÉU. ART. 400 DO CPP. NULIDADE QUE SE SUJEITA À PRECLUSÃO TEMPORAL. ART. 571, INCISO II E ART. 572, AMBOS DO CPP E À DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA – ART. 563 DO CPP. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA EXTENSÃO PROVIDO.*

I - Em que pese haver entendimento nesta Corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima, a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem evoluindo e se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, no entanto, a alegação está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo.

II - Os parâmetros em aparente oposição são, portanto, o artigo 222, § 1º, do CPP e o art. 400 do mesmo diploma legal. Ao que se pode enfeixar a controvérsia, coloca-se em ponderação os princípios da celeridade processual e do devido processo legal, especialmente na sua dimensão da ampla defesa.

III - A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzirão as provas, sejam elas testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida. Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem, eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório. Tal artigo, introduzido no ordenamento pela Lei n. 11.719, de 2008, significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório, ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória.

IV - Na moderna concepção do contraditório, segundo a qual, a defesa deve influenciar a decisão judicial, somente se mostra possível a referida influência quando a resposta da defesa se embasar no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar a observância ao devido processo legal na sua face do contraditório.

V - Sob outro enfoque, ao réu incumbe arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, ou no momento legalmente previsto, sob pena de preclusão, tal como dispõe o art. 572 e incisos, do CPP.

VI - No caso concreto, observa-se que o primeiro momento em que a defesa apontou a nulidade pela violação do art. 400 do CPP foi em razões de apelação. Isso porque, ao que se observa nos autos, não é difícil notar a insuficiência da defesa exercida por advogado dativo. As nomeações de advogados dativos para o ato de interrogatório, bem como para a apresentação de defesa prévia e alegações finais (cujos termos são idênticos, conforme fls. 170/172 e 256/258, respectivamente) parecem não ter suprido minimamente o direito à defesa enunciado pela Constituição da República.

VII - Em sendo assim, é possível se reconhecer que, no primeiro momento em que o réu estava sendo representado por um advogado, foi arguida a nulidade. Esta deve ser reconhecida, notadamente nesta hipótese em exame, em que a prova é exclusivamente oral, uma vez que os Laudo de Exame de Conjunção Carnal e de Exame de Ato Libidinoso não corroboram os fatos e tampouco o Relatório Psicológico é categórico sobre a veracidade da versão narrada pela vítima. Por tal razão, deve ser reconhecida a nulidade arguida, determinando-se que o réu seja novamente ouvido, em atenção ao art. 400, do CPP.

VIII - Tese jurídica: "***O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente a oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu.***"

Recurso parcialmente conhecido e nesta extensão provido para reconhecer a nulidade do interrogatório que, realizado antes da oitiva das testemunhas, violou a norma do art. 400 do CPP, razão pela qual os autos devem ser devolvidos para a realização de novo interrogatório. Prejudicados os demais pedidos recursais relativamente à ausência de prova da autoria delitiva.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator no caso concreto, dando parcial provimento ao recurso especial, a fim de anular a sentença e determinar a renovação do interrogatório, prejudicado os demais tópicos da insurgência, e os votos dos Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik no mesmo sentido, A Terceira Seção, por unanimidade, conhecer do recurso

especial repetitivo para dar parcial provimento ao recurso para reconhecer a nulidade do interrogatório que, realizado antes da oitiva das testemunhas, violou a norma do art. 400 do CPP, razão pela qual os autos devem ser devolvidos para a realização de novo interrogatório e julgar prejudicados os demais pedidos recursais relativamente à ausência de prova da autoria delitiva. Quanto à tese referente ao Tema Repetitivo n. 1114, por maioria, a fixou da seguinte forma: "O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos, parcialmente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz, que reconheciam o prejuízo de forma mais ampla que a maioria.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator quanto ao caso concreto.

Vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz, quanto à tese jurídica fixada.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 13 de setembro de 2023.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1933759 - PR (2021/0116367-0)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
RECORRENTE : J P G
ADVOGADO : MARCELO JUNGLES DE MORAIS - PR081446
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TEMA 1.114. *INVERSÃO DA ORDEM NO INTERROGATÓRIO DO RÉU. ART. 400 DO CPP. NULIDADE QUE SE SUJEITA À PRECLUSÃO TEMPORAL. ART. 571, INCISO II E ART. 572, AMBOS DO CPP E À DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA – ART. 563 DO CPP. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA EXTENSÃO PROVIDO.*

I - Em que pese haver entendimento nesta Corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima, a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem evoluindo e se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, no entanto, a alegação está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo.

II - Os parâmetros em aparente oposição são, portanto, o artigo 222, § 1º, do CPP e o art. 400 do mesmo diploma legal. Ao que se pode enfeixar a controvérsia, coloca-se em ponderação os princípios da celeridade processual e do devido processo legal, especialmente na sua dimensão da ampla defesa.

III - A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzirão as provas, sejam elas testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida. Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem, eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou

reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório. Tal artigo, introduzido no ordenamento pela Lei n. 11.719, de 2008, significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório, ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória.

IV - Na moderna concepção do contraditório, segundo a qual, a defesa deve influenciar a decisão judicial, somente se mostra possível a referida influência quando a resposta da defesa se embasa no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar a observância ao devido processo legal na sua face do contraditório.

V - Sob outro enfoque, ao réu incumbe arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, ou no momento legalmente previsto, sob pena de preclusão, tal como dispõe o art. 572 e incisos, do CPP.

VI - No caso concreto, observa-se que o primeiro momento em que a defesa apontou a nulidade pela violação do art. 400 do CPP foi em razões de apelação. Isso porque, ao que se observa nos autos, não é difícil notar a insuficiência da defesa exercida por advogado dativo. As nomeações de advogados dativos para o ato de interrogatório, bem como para a apresentação de defesa prévia e alegações finais (cujos termos são idênticos, conforme fls. 170/172 e 256/258, respectivamente) parecem não ter suprido minimamente o direito à defesa enunciado pela Constituição da República.

VII - Em sendo assim, é possível se reconhecer que, no primeiro momento em que o réu estava sendo representado por um advogado, foi arguida a nulidade. Esta deve ser reconhecida, notadamente nesta hipótese em exame, em que a prova é exclusivamente oral, uma vez que os Laudo de Exame de Conjunção Carnal e de Exame de Ato Libidinoso não corroboram os fatos e tampouco o Relatório Psicológico é categórico sobre a veracidade da versão narrada pela vítima. Por tal razão, deve ser reconhecida a nulidade arguida, determinando-se que o réu seja novamente ouvido, em atenção ao art. 400, do CPP.

VIII - Tese jurídica: "*O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu*".

Recurso parcialmente conhecido e nesta extensão provido para reconhecer a nulidade do interrogatório que, realizado antes da oitiva das testemunhas, violou a norma do art. 400 do CPP, razão pela qual os autos devem ser devolvidos para a realização de novo interrogatório. Prejudicados os demais pedidos recursais relativamente à ausência de prova da autoria delitiva.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por J P G, afetado ao rito dos recursos repetitivos e interposto com base no artigo 105, III, *a* e *c* da Constituição, contra acórdão do Tribunal de origem que negou provimento à apelação defensiva, mantida a condenação do réu à pena de 14 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no artigo 217-A c/c artigo 226–II do Código Penal.

Eis a ementa:

"APELAÇÃO CRIME – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ARTIGO 217-A, C/C CAPUT, O ARTIGO 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA –INSURGÊNCIA DA DEFESA – PRELIMINAR – INVERSÃO DA ORDEM NO INTERROGATÓRIO DO RÉU – ART. 400 DO CPP –NULIDADE RELATIVA – NÃO CONSTATADA – PRECLUSÃO TEMPORAL – ART. 571, INCISO II E ART. 572, AMBOS DO CPP – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA – ART. 563 DO CPP – PRINCÍPIO DO PRELIMINAR AFASTADA – PAS DENULLITÉ SANS GRIEF –MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – NÃO CABIMENTO –AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS NOS AUTOS – PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA – NÃO CABIMENTO – CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 226,INCISO II DO CÓDIGO PENAL CORRETAMENTE APLICADA –APELANTE QUE EXERCIA AUTORIDADE SOBRE A VÍTIMA –CONTINUIDADE DELITIVA CARACTERIZADA NOS AUTOS E APLICADA NO MÍNIMO LEGAL (1/6) – SENTENÇA MANTIDA– FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO

*DEFENSOR DATIVO POR SUA ATUAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.
APELAÇÃO NÃO PROVIDA."*

Sobreveio recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal. Alega o recorrente que o interrogatório ocorreu em momento anterior ao do depoimento da vítima e de testemunha, circunstância que importa em negativa de vigência dos arts. 155 e 400 do CPP. Sustenta que as provas colhidas não permitem afirmar que os atos libidinosos tentados seriam capazes de atingir a dignidade sexual da vítima e que não houve a conduta delitativa descrita na sentença. Pondera que, havendo dúvida, deve imperar o princípio do *in dubio pro réu*.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 459/466.

O recurso especial foi admitido às fls. 470/476.

Às fls. 488/489, o Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, diante da controvérsia suscitada – se, com a expedição de precatória, que não suspende a instrução criminal, nos termos do § 1º do art. 222 do Código de Processo Penal, tal situação autoriza ou não a realização de interrogatório do réu em momento diverso do previsto no art. 400 do Código de Processo Penal e se eventual alteração da ordem implica ofensa ao contraditório e à ampla defesa–, qualificou o presente recurso especial como representativo da controvérsia e candidato à afetação, impondo aos feitos o rito estabelecido pelos arts. 256-A do RISTJ. Por conseguinte, determinou o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal para que se manifestasse acerca da admissibilidade do apelo para tramitar como representativo da controvérsia, com a informação de que também foi enviado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná o Recurso Especial n. 1.946.472/PR para, eventualmente, tramitar de forma conjunta, nessa condição, no Superior Tribunal de Justiça.

Às fls. 492/497, o Ministério Público Federal se manifestou pela inadmissibilidade do recurso especial como representativo da controvérsia, haja vista a inexistência de problemática a resolver no âmbito do STJ, já que a controvérsia suscitada encontra-se pacificada no âmbito da Terceira Seção, a qual, no julgamento do HC n. 585.942/MT, assentou o entendimento de que o interrogatório deve ser sempre o último ato do processo.

Às fls. 501-503, o Presidente da Comissão Gestora de Precedentes reafirmou a qualificação do presente recurso, reiterando o destaque do REsp n. 1.946.472/PR para,

conjuntamente, tramitar nessa condição. Pontuou, quanto ao aspecto numérico, que, apesar de, na decisão de admissibilidade, não ter sido consignado o quantitativo de processos suspensos na origem, as atividades de sobrestamento de processos em todo o estado se iniciarão após a seleção do recurso como representativo da controvérsia, não havendo, no momento do juízo de admissibilidade, o real impacto do quantitativo de processos que versem a mesma matéria selecionada como candidata à afetação ao rito dos recursos repetitivos. Ressaltou a importância da tramitação deste recurso no Superior Tribunal de Justiça, diante da relevância dos aspectos jurídico, social e econômico da matéria, assim como da grande potencialidade de repetição em todo o território nacional. Assim, com fundamento no art. 256-D do RISTJ, c/c o inciso I do art. 2º da Portaria STJ/GP n. 98 de 22/3/2021, determinou a distribuição do recurso.

Às fls. 514-519, em observância ao disposto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 ao 256-X do RISTJ, o julgamento do presente recurso especial foi afetado a esta Terceira Seção, conforme dispõe o art. 256-E, II, do RISTJ, com a adoção das seguintes providências:

a) delimitação da controvérsia nos seguintes termos: **definir se, com a expedição de precatória, que não suspende a instrução criminal, nos termos do § 1º do art. 222 do Código de Processo Penal, tal situação autoriza ou não a realização de interrogatório do réu em momento diverso do previsto no art. 400 do Código de Processo Penal e se eventual alteração da ordem implica ofensa ao contraditório e à ampla defesa;**

b) envio de cópia do inteiro teor do acórdão proferido nestes autos aos Ministros integrantes da Terceira Seção do STJ;

c) comunicação aos tribunais de justiça e aos tribunais regionais federais para que tomem conhecimento do acórdão proferido nestes autos, com a observação de que não apliquem o disposto na parte final do § 1º do art. 1.036 do CPC e no art. 256-L do RISTJ (suspensão do trâmite dos processos pendentes);

d) expedição de ofício à Defensoria Pública da União para figurar na condição de *amicus curiae*;

e) após, nova vista ao Ministério Público Federal pelo prazo 15 dias, nos termos do art. 256-M do RISTJ.

Parecer do MPF às fls. 526-541, opinando pelo não provimento do recurso

especial, com a fixação da seguinte tese: *"A inversão da ordem de interrogatório do réu, quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunha, constitui nulidade relativa, sujeita à preclusão e condicionada à demonstração do efetivo prejuízo ao direito de defesa"*.

É o relatório.

VOTO

Como relatado, o presente recurso especial afetado para julgamento segundo a sistemática de julgamento de casos repetitivos (Tema 1.114) delimitou a controvérsia nos seguintes termos: **definir se, com a expedição de precatória, que não suspende a instrução criminal, nos termos do § 1º do art. 222 do Código de Processo Penal, tal situação autoriza ou não a realização de interrogatório do réu em momento diverso do previsto no art. 400 do Código de Processo Penal e se eventual alteração da ordem implica ofensa ao contraditório e à ampla defesa.**

Inicialmente, consigno que me coaduno com a manifestação do Ministério Público Federal relativamente à afetação de tema já debatido à exaustão nesta Corte, estando, inclusive, pacificada a controvérsia no âmbito da Terceira Seção, desde o julgamento do HC n. 585.942/MT, no qual se assentou o entendimento de que o interrogatório deve ser sempre o último ato do processo.

Ocorre, no entanto, que a experiência judicante cotidiana nos indica ser ainda necessário atribuir-se a força persuasiva do recurso repetitivo aos julgados pacificados neste STJ, de forma a estruturar a cultura da observância aos precedentes no nosso país que, ao que indicam as estatísticas, ainda não se solidificou.

Dito isto, passo à análise da controvérsia.

É fato que há entendimento nesta corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima. A título de exemplo: (AgRg no RHC n. 125.549/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 18/5/2020 e HC n. 441.533/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 27/8/2018).

Consabido, contudo, que a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, relativamente ao interrogatório, no entanto, a alegação por

parte da defesa está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo.

Pontue-se que o Supremo Tribunal Federal, na AP n. 528 AgR, **Tribunal Pleno**, da relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 7/6/2011, passou aplicar a regra prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, inclusive, às ações penais originárias, em detrimento do disposto na Lei n. 8.038/1990.

Em 2016, no julgamento do HC n. 127.900/AM, a Suprema Corte fixou a mesma orientação 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.

Em 2019, o Ministro Alexandre de Moraes concedeu a ordem no HC n. 176.332/SP, em decisão monocrática, para determinar a realização de novo interrogatório, como último ato de instrução. No caso, o acusado teria sido interrogado antes da oitiva do ofendido, que se deu por meio de carta precatória, semelhante, portanto, à hipótese aqui exposta.

Em dezembro de 2020, foi afetado a esta Terceira Seção o julgamento do HC n. 585.942, da relatoria do e. ministro Sebastião Reis Júnior, com vistas a pacificar a questão, julgado que esmiuçou o tema, conforme a seguir transcrito:

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. INTERROGATÓRIO DO RÉU, POR CARTA PRECATÓRIA, ANTES DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM LEGAL. OFENSA AO ART. 400 DO CPP. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. NULIDADE. AUSÊNCIA. NOVO INTERROGATÓRIO DO RÉU. POSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO CRIMINAL AINDA NÃO SE ENCERROU. NECESSIDADE DE ACATAR O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO JULGAMENTO DO HC N. 127.900/AM, DE QUE O INTERROGATÓRIO DO RÉU, INSTRUMENTO DE AUTODEFESA, DEVE SER O ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. ENTENDIMENTO QUE RESGUARDA A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. FEITO COMPLEXO. 1. Existem precedentes nesta Corte Superior, partindo da interpretação dos arts. 400 e 222 do Código de Processo Penal, que consideram válido o interrogatório do acusado quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e do ofendido.

2. Essa compreensão, no entanto, não está em harmonia com os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como com a jurisprudência consolidada na Suprema Corte, firme no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório do réu deve ser o último ato de instrução.

3. *Importante ressaltar a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, de que 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.*

4. *Atualmente é assente o entendimento de que o interrogatório do acusado é instrumento de defesa, o que, em uma perspectiva garantista, pautada na observância dos direitos fundamentais, proporciona máxima efetividade se realizado ao final da instrução. De fato, a concretização do interrogatório antes da oitiva de testemunhas e da vítima priva o acusado de acesso pleno à informação, já que se manifestará antes da produção de parcela importante de provas. Além disso, reflete diretamente na eficácia de sua reação e na possibilidade de influenciar o julgamento, não lhe permitindo refutar, ao menos diretamente (autodefesa), questões apresentadas com a oitiva de testemunhas e do ofendido. A inversão do interrogatório, portanto, promove nítido enfraquecimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, indevido, a meu ver, no âmbito da persecução penal.*

5. *Nessa perspectiva, ao dispor que a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal, o § 1º do art. 222 do CPP não autorizou, no meu sentir, a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do CPP, vale dizer, ao final da instrução. Oportuno ressaltar que o art. 222 do CPP está inserido em capítulo do Código de Processo Penal voltado ao procedimento relacionado às testemunhas (Capítulo VI do Código de Processo Penal – Das Testemunhas), e não com o interrogatório do acusado.*

6. *Outrossim, a redação do art. 400 do CPP elenca, claramente, a ordem a ser observada na audiência de instrução e julgamento, de forma que a alusão expressa ao art. 222, em seu texto, apenas indica a possibilidade de inquirição de testemunhas, por carta precatória, fora da ordem estabelecida, não permitindo o interrogatório do acusado antes da inquirição de testemunhas.*

7. *Na hipótese dos autos, o acusado foi interrogado antes da oitiva de testemunhas, por carta precatória. No entanto, conforme informações prestadas pelo Magistrado singular, a defesa técnica do réu somente arguiu suposta nulidade em seu último pedido, protocolizado em 19/3/2020, ou seja, após a realização de todas as oitivas supracitadas, o que reverbera na nulidade de algibeira. Assim, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, não se mostra viável acolher o pedido de nulidade, especialmente quando não aventado no momento oportuno.*

8. *Conquanto indevido o requerimento de nulidade, considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o fato de que a instrução ainda não encerrou, a necessidade de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o disposto no art. 196 do Código de Processo Penal, que autoriza a realização de novo interrogatório, entende-se que a ordem deve ser parcialmente concedida para determinar que se proceda a novo interrogatório do acusado ao final da instrução.*

9. *Quanto à alegação de excesso de prazo, não é o caso de ser*

reconhecido, pois, conforme informação do Juízo processante, a própria defesa contribuiu para o atraso na instrução, na medida em que não aventou a irregularidade do interrogatório no momento oportuno. Além disso, conforme exposto na decisão liminar, não houve desídia do Magistrado na condução do feito e eventual retardamento na conclusão da ação penal decorre de sua complexidade e da necessidade de expedição de diversas cartas precatórias.

10. Ordem parcialmente concedida para determinar a realização de novo interrogatório do acusado ao final da instrução."

O entendimento tem sido corroborado reiteradamente nesta Corte, conforme recente julgado a seguir colacionado:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. OFENSA NÃO CONFIGURADA. CRIME DO ART. 102 DO ESTATUTO DO IDOSO. CONFIGURAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA. ART. 81 DA LEI N. 9.099/95. INVERSÃO DA PROVA. ART. 222, § 1º, DO CPP. CARTA PRECATÓRIA. NÃO SUSPENSÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RESPEITO AO ART. 400 DO CPP. INTERROGATÓRIO COMO ÚLTIMO ATO INSTRUTÓRIO. NULIDADE QUE SE SUJEITA À PRECLUSÃO E DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CASO CONCRETO. EXISTÊNCIA DE PROVAS INDEPENDENTES PARA A CONDENAÇÃO. INUTILIDADE DA MEDIDA. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. ESFERAS CÍVEL E PENAL. INDEPENDÊNCIA. COMPOSIÇÃO FIRMADA NA ESFERA CÍVEL. ARTS. 16 e 65, III, "B", DO CÓDIGO PENAL - CP. ARREPENDIMENTO POSTERIOR OU ATENUANTE DA CONFISSÃO. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 283 DO STF E N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As questões apontadas por omissas nas razões do recurso especial foram analisadas pelo Tribunal a quo. A "omissão no julgado e entendimento contrário ao interesse da parte são conceitos que não se confundem" (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.129.183/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 28/8/2012).

2. "Embora o artigo 222, §1º, do Código de Processo Penal disponha que a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, a hipótese não autoriza a indiscriminada inversão procedimental da ordem prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal, sendo necessário que o Juízo processante observe o interrogatório do acusado como ato final da

instrução" (RHC 118.854/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 28/2/2020).

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento da RvCr n. 5563/DF, reafirmou o entendimento de que a nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório - prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal - está sujeita à preclusão e demanda a demonstração de prejuízo, sendo esta a orientação do Supremo Tribunal Federal.

4. No caso, a nulidade de que aqui se cuida fora apontada em tempo oportuno, no entanto, inexistente a demonstração de efetivo prejuízo, pois há provas independentes para a condenação dos recorrentes, tais como os demais depoimentos testemunhais, além do acordo efetivado no juízo cível onde eles próprios se comprometeram a pagar a quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) à vítima, bem como a saldar todas as dívidas em nome dela junto as instituições financeiras credoras, demonstrando o reconhecimento do desfalque patrimonial que causaram. Caso em que não há utilidade na anulação da sentença, pois de toda a forma ela seria mantida.

5. Não há como revolver fatos e provas do autos para concluir de forma diversa das instâncias ordinárias de forma a absolver os recorrentes do delito previsto no art. 81 da Lei n. 10.741/03 diante do óbice da Súmula n. 7/STJ.

6. A arguição de violação ao art. 62 da Lei n. 9.099/95 não deve ser conhecida porque a tese de que o oferecimento da denúncia afasta a tipicidade não está abarcada por aquele dispositivo legal, configurando deficiência de fundamentação. Incidência da Súmula n. 284/STF.

7. "As esferas penal, civil e administrativa são independentes e autônomas entre si, de forma que as decisões proferidas no âmbito civil e administrativo para apurar os mesmos fatos não vinculam o processo penal, salvo a inequívoca demonstração de inexistência do fato ou comprovada a negativa de autoria" (AgRg no HC 405.374/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, DJe 13/8/2021).

8. O Tribunal de Justiça entendeu não ser caso de reconhecimento das benesses previstas nos arts. 16 e 65, III, "b", do CP, pois o acordo firmado no juízo cível só foi feito porque os recorrentes foram instigados a tal compromisso, inexistindo qualquer conduta voluntária de suas partes. Tal fundamento não foi impugnado, fazendo-se incidir o teor da Súmula n. 283 do STF. Além disso, não se pode confrontar tal decisório sob pena de incursão fático-probatória dos autos, o que encontra impeco na Súmula n. 7/STJ deste Tribunal

9. Agravo regimental desprovido" (STJ; AgRg no AREsp n. 1.895.902/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 22/08/2022).

Pode-se, assim, extrair da análise da evolução jurisprudencial, a tese segundo a qual o interrogatório é o ato final da instrução, presumindo-se a sua nulidade, eis que viola o princípio da devido processo legal, ficando autorizada somente a inversão da ordem exclusivamente para a oitiva das testemunhas de acusação e de defesa. Da mesma forma se deflui dos julgados desta Corte que a defesa deve arguir no momento oportuno, sob pena de preclusão, incumbindo-lhe ainda apontar o prejuízo sofrido.

A título de exemplo temos os seguintes julgados: o RHC n. 118.854/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 28/2/2020; HC n. 585.707, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 08/02/2021 e a Rvcr n. 5.563, julgada em abril de 2021 pela Terceira Seção deste STJ que reafirmou tal entendimento, já sedimentado no julgamento acima colacionado.

Trata-se, portanto, no presente julgamento, de se corroborarem os limites de tolerância à inversão da ordem em estudo e, ainda, de se firmar a distribuição de ônus da argumentação para a inversão de tal ordem (para a oitiva de testemunhas) ou a sua manutenção; bem como o ônus da defesa de arguir no tempo hábil eventual nulidade. Dessa forma, preservando-se o contraditório e a ampla defesa, na medida em que se demonstrem, de maneira analítica, a necessidade de eventualmente se alterar a ordem legalmente prevista.

O ponto crucial da controvérsia, como se sabe, é a previsão do artigo 222, §1º, do CPP, dispondo que a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, daí decorrendo a celeuma relativa à possibilidade ou não, ou em que grau, está autorizada a inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, já que o legislador determinou o prosseguimento do feito paralelamente ao cumprimento da precatória.

Os parâmetros em aparente oposição são, portanto, o artigo 222, § 1º, do CPP e o art. 400 do mesmo diploma legal. Ao que se pode enfeixar a controvérsia, colocando-se em ponderação princípios irradiados do ordenamento constitucional, as saber, a celeridade processual e o devido processo legal, especialmente na sua dimensão da ampla defesa.

Pois bem.

A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzem as provas, sejam elas testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida. Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da

vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem, eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório. Tal artigo, introduzido no ordenamento pela Lei nº11.719, de 2008, significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória. Confirmam-se seus termos:

*"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.*

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes."

Observa-se que a ressalva feita ao art. 222 do mesmo CPP vem inscrita imediatamente após a ordem determinada para a oitiva das testemunhas, deixando clara autorização para que se flexibilize excepcionalmente a inversão desta ordem, em caso de pendência de cumprimento de carta precatória, exclusivamente em relação à oitiva das testemunhas de acusação e defesa.

Eis os seus termos:

Art. 222 -A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1º -A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º -Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Com base nos ensinamentos tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é a

esta possível inversão da ordem da oitiva das testemunhas que a ressalva feita no art. 400 se refere, eis que imediatamente subsequente a tal determinação, mantido o interrogatório incólume ao final do dispositivo, a evidenciar a vontade do legislador.

Assim, quer se reconheça o interrogatório como meio de prova, quer como meio de defesa, para citar debate que a jurisprudência travou por anos, fato é que, é reconhecido ser este o momento em que o réu pode se contrapor à acusação e aos fatos eventualmente suscitados pelas testemunhas, o que, por si, reclama de forma irrefutável que da fala do réu venha após todas as demais, seja em que ordem elas tenham sido realizadas, viabilizando, assim, a ampla defesa de toda a carga acusatória.

Corroborando esta posição, a moderna concepção do contraditório, segundo a qual, a defesa deve influenciar a decisão judicial, o que somente se mostra possível quando a sua resposta se embasa no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar observância ao devido contraditório.

Nesse sentido destaca-se trecho do voto do ministro Dias Toffoli, em sede do HC 166303/PR do STF, que trouxe, por maioria, a determinação do réu delatado se manifestar somente após o réu delator nas alegações finais.

"[...]

"O contraditório se expressa no binômio "informação necessária + reação possível", ressalvando-se que "esse segundo aspecto de mera oportunidade ou possibilidade de reação toma nuances diversas em todos os processos em que se controverta em torno de uma relação jurídica indisponível, como é o caso do processo penal". No processo penal, dado o risco de grave intervenção no direito fundamental à liberdade, a reação não pode ser meramente possível. O contraditório "há de ser pleno e efetivo, indicando a real participação das partes na relação jurídica processual" (GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In: Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 18 - grifos nossos).

[...]

*No direito comparado, destaco que, nos Estados Unidos o direito a confrontar declarações incriminadoras de coimputado tem estatuto constitucional. A Sexta Emenda estabelece que, em todas as persecuções criminais, **o acusado terá o direito de ser confrontado com as testemunhas de acusação** e de convocar testemunhas a seu favor (In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (.) to be confronted with*

the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor (...)."

Sob outro enfoque, ao réu incumbe arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, ou no momento legalmente previsto, sob pena de preclusão, conforme dispõe o art. 572 e incisos, do CPP.

Do caso concreto:

No caso concreto, observa-se que a alteração da ordem em foco produziu impacto relevante neste processo, cuja prova é exclusivamente oral e a versão é única emitida pela vítima e confirmada pela sua mãe.

Por outro lado, observo que o primeiro momento em que a defesa apontou a nulidade pela violação do art. 400 do CPP foi em razões de apelação. Isso porque, ao que se observa nos autos, não é difícil notar a insuficiência da defesa exercida por advogado dativo. As nomeações de advogados dativos para o ato de interrogatório, bem como para a apresentação de defesa prévia e alegações finais (cujos termos são idênticos, conforme fls. 170/172 e 256/258, respectivamente) parecem não ter suprido minimamente o direito à defesa enunciado pela Constituição da República.

Nesse sentido, repiso que a prova dos autos é exclusivamente oral. Foram ouvidas, a vítima e sua mãe. Não foram arroladas testemunhas, sequer de caráter. Em suma, não há qualquer outro elemento a balizar a busca da reconstrução da verdade processual. Note-se que a defesa deixou de apresentar o rol de testemunhas no momento oportuno e teve indeferido o pedido para fazê-lo posteriormente.

Chama a atenção ainda o fato de que o Laudo do Exame de Conjunção Carnal (e-STJ fls. 16/17), bem como o Laudo do Exame de Ato Libidinoso (e-STJ fls. 18/19) não corroboram a narrativa da vítima. Tampouco os Relatórios Psicológicos são conclusivos quanto à veracidade da narrativa dos fatos pela mesma (e-STJ fls. 79/82; 85/88). Portanto, esse é o exemplo preciso do prejuízo presumido, de vez que não há provas acessórias a alicerçar a condenação.

O crime é gravíssimo, não restam dúvidas, o réu está condenado à pena de 14

anos de reclusão, mas tal não nos autoriza a cancelar eventual sumário da instrução criminal, em desrespeito às garantias fundamentais materiais estabelecidas na Constituição da República, notadamente a garantia a um processo devido e legal, na sua face culminante do direito à defesa que deve ser ampla e plena para assegurar o resultado justo e legítimo ao final do processo.

Em sendo assim, é possível se reconhecer que no primeiro momento em que o réu estava de fato representado por um advogado foi arguida a nulidade, razão pela qual esta deve ser reconhecida para que o réu seja novamente ouvido, em atenção ao art. 400, do CPP e à jurisprudência das Cortes Superiores.

Em suma, esta é a posição doutrinária e jurisprudencial majoritárias, o que não poderia ser diferente, dado o contexto social em que nos encontramos, além dos parâmetros teóricos fornecidos pelo do moderno direito democrático, que nos impele vivamente a atribuir a máxima eficácia ao devido processo legal e nos induz ao entendimento segundo o qual não há argumento de ordem pragmática que justifique se sobreponha a celeridade ao primado do devido processo legal, especialmente em sua face da ampla defesa e do contraditório.

As demais alegações de mérito, relativamente à absolvição por ausência de prova de que os atos libidinosos tentados seriam capazes de atingir a dignidade sexual da vítima e à absolvição face ao primado do *in dubio pro reo*, ficam prejudicadas em virtude do reconhecimento da nulidade supra examinada.

Ante o exposto, conheço o recurso especial repetitivo para:

a) fixar a seguinte tese jurídica: "*O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu.*"

b) dar parcial provimento ao recurso especial para reconhecer a nulidade do interrogatório que, realizado antes da oitiva das testemunhas, violou a norma do art. 400 do CPP, razão pela qual os autos devem ser devolvidos para a realização de novo interrogatório. Prejudicados os demais pedidos recursais relativamente à ausência de prova da autoria delitiva.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2021/0116367-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.933.759 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013902120148160025 13902120148160025

PAUTA: 23/08/2023

JULGADO: 23/08/2023
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : J P G
ADVOGADO : MARCELO JUNGLES DE MORAIS - PR081446
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

SUSTENTAÇÃO ORAL

A Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge (Subprocuradora-Geral da República) sustentou oralmente pelo Ministério Público Federal.

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando parcial provimento ao recurso especial para reconhecer a nulidade do interrogatório que, realizado antes da oitiva das testemunhas, violou a norma do art. 400 do CPP, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), e os votos divergentes, quanto à tese (Tema Repetitivo n. 1114), do Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1ª Região) e, parcialmente, da Sra. Ministra Laurita Vaz, pediu vista o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Aguardam os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1933759 - PR (2021/0116367-0)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
RECORRENTE : J P G
ADVOGADO : MARCELO JUNGLES DE MORAIS - PR081446
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

VOTO-VISTA

Pedi vista para analisar as implicações da tese proposta pelo eminente Relator e para avaliar se, de algum modo, destoa do entendimento firmado na Terceira Seção, por ocasião do julgamento do **HC n. 585.942/MT** (de minha relatoria, julgado em 9/12/2020), ratificado no julgamento da **RvCr n. 5.563/DF** (Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca) e com a orientação atual do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Rememoro que o *writ* em referência foi afetado e julgado perante esta Seção para pacificar o tema, já que, no ano de 2020, ainda não existia uma orientação sedimentada nesta Corte sobre a matéria, sendo possível localizar à época julgados de ambas as Turmas Criminais desta Corte, que, partindo da interpretação conjunta dos arts. 400 e 222 do Código de Processo Penal, **admitiam** o interrogatório do réu quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima. Nesse sentido: AgRg no RHC n. 125.549/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 18/5/2020; e HC n. 441.533/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 27/8/2018.

Com efeito, a partir do julgamento do HC n. 585.942/MT, **a jurisprudência desta Corte se alinhou com a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido da necessidade do Juízo processante observar o interrogatório enquanto concretização do direito à ampla defesa, como último ato da instrução:**

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. INTERROGATÓRIO DO RÉU, POR CARTA PRECATÓRIA, ANTES DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM LEGAL. OFENSA AO ART. 400 DO CPP. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. NULIDADE. AUSÊNCIA. NOVO INTERROGATÓRIO DO RÉU.

POSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO CRIMINAL AINDA NÃO SE ENCERROU. NECESSIDADE DE ACATAR O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO JULGAMENTO DO HC N. 127.900/AM, DE QUE O INTERROGATÓRIO DO RÉU, INSTRUMENTO DE AUTODEFESA, DEVE SER O ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. ENTENDIMENTO QUE RESGUARDA A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. FEITO COMPLEXO.

1. Existem precedentes nesta Corte Superior, partindo da interpretação dos arts. 400 e 222 do Código de Processo Penal, que consideram válido o interrogatório do acusado quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e do ofendido.

2. Essa compreensão, no entanto, não está em harmonia com os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como com a jurisprudência consolidada na Suprema Corte, firme no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório do réu deve ser o último ato de instrução.

3. Importante ressaltar a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, de que *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.*

4. Atualmente é assente o entendimento de que o interrogatório do acusado é instrumento de defesa, o que, em uma perspectiva garantista, pautada na observância dos direitos fundamentais, proporciona máxima efetividade se realizado ao final da instrução. De fato, a concretização do interrogatório antes da oitiva de testemunhas e da vítima priva o acusado de acesso pleno à informação, já que se manifestará antes da produção de parcela importante de provas. Além disso, reflete diretamente na eficácia de sua reação e na possibilidade de influenciar o julgamento, não lhe permitindo refutar, ao menos diretamente (autodefesa), questões apresentadas com a oitiva de testemunhas e do ofendido. A inversão do interrogatório, portanto, promove nítido enfraquecimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, indevido, a meu ver, no âmbito da persecução penal.

5. Nessa perspectiva, ao dispor que *a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal*, o § 1º do art. 222 do CPP não autorizou, no meu sentir, a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do CPP, vale dizer, ao final da instrução. Oportuno ressaltar que o art. 222 do CPP está inserido em capítulo do Código de Processo Penal voltado ao procedimento relacionado às testemunhas (Capítulo VI do Código de Processo Penal – Das Testemunhas), e não com o interrogatório do acusado.

6. Outrossim, a redação do art. 400 do CPP elenca, claramente, a ordem a ser observada na audiência de instrução e julgamento, de forma que a alusão expressa ao art. 222, em seu texto, apenas indica a possibilidade de inquirição de testemunhas, por carta precatória, fora da ordem estabelecida, não permitindo o interrogatório do acusado antes da inquirição de testemunhas.

7. Na hipótese dos autos, o acusado foi interrogado antes da oitiva de testemunhas, por carta precatória. No entanto, conforme informações prestadas pelo Magistrado singular, a defesa técnica do réu somente arguiu suposta nulidade em seu último pedido, protocolizado em 19/3/2020, ou seja, após a realização de todas as oitivas supracitadas, o que reverbera na nulidade de algibeira. Assim, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, não se mostra viável acolher o pedido de nulidade, especialmente quando não aventado no momento oportuno.

8. Conquanto indevido o requerimento de nulidade, considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o fato de que a instrução ainda não encerrou, a necessidade de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o disposto no art. 196 do Código de Processo Penal, que autoriza a realização de novo interrogatório, entende-se que a ordem deve ser parcialmente concedida para determinar que se proceda a novo interrogatório do acusado ao final da instrução.

9. Quanto à alegação de excesso de prazo, não é o caso de ser reconhecido,

pois, conforme informação do Juízo processante, a própria defesa contribuiu para o atraso na instrução, na medida em que não aventou a irregularidade do interrogatório no momento oportuno. Além disso, conforme exposto na decisão liminar, não houve desídia do Magistrado na condução do feito e eventual retardamento na conclusão da ação penal decorre de sua complexidade e da necessidade de expedição de diversas cartas precatórias.

10. Ordem parcialmente concedida para determinar a realização de novo interrogatório do acusado ao final da instrução.

Assim, se ainda remanesca alguma controvérsia sobre esse tema, era se a referida nulidade, caso não arguida oportunamente, seria fulminada por força da preclusão e, em caso positivo, qual o termo final para a parte alegar esse vício e se seria necessária a demonstração de prejuízo concreto para a declaração.

Fato é que no julgamento da **RvCr n. 5.563/DF** (de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca), efetivado em 12/5/2021, a Terceira Seção aprofundou a discussão sobre o tema e fixou o entendimento de que a parte deveria suscitar a referida **nulidade na audiência do interrogatório** e que a **declaração de nulidade demandaria prova de prejuízo efetivo**:

REVISÃO CRIMINAL. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ART. 400 DO CPP. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO TEMPESTIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE.

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.

2. Isso não obstante, esta Corte Superior já consolidou entendimento no sentido de que, **para se reconhecer nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, "é necessário que o inconformismo da Defesa tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão"** (HC 446.528/SP, Rel. p/ acórdão Ministro FELIX FISCHER, j. 11/9/2018, DJe 20/9/2018). Precedentes: AgRg no HC 626.721/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021; AgRg no HC 593.660/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021; AgRg no AREsp 1.573.424/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 15/09/2020; AgRg nos EDcl no REsp 1.788.579/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2020, DJe 26/08/2020; AgRg no HC 542.624/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020 e AgRg no HC 626.721/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021.

3. De igual forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é assente em afirmar que a inversão na ordem do interrogatório do réu constitui nulidade relativa e sujeita à preclusão. Nesse sentido, entre outros: HC 199.494, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, decisão de 06/04/2021, DJe de 09/04/2021; HC 183.997, Rel. Mina. ROSA WEBER, decisão de 10/08/2020, DJe de 28/08/2020;

HC 180.227, Rel. Min. EDSON FACHIN, decisão de 19/02/2020, DJe de 26/02/2020.

4. Tendo ficado consignado, no acórdão rescindendo, que a questão estaria preclusa, já que não foi alegada pela defesa tempestivamente na própria audiência em que realizado o ato, vindo a ser alegada apenas em sede de embargos de declaração em apelação criminal, e que não fora demonstrado efetivo prejuízo, não se configura a alegada violação a literal dispositivo de lei, apta a oportunizar a rescisão do julgado com base no art. 621, I, do CPP.

5. Revisão criminal julgada improcedente.

(RvCr n. 5.563/DF, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 12/5/2021, DJe de 21/5/2021 - grifo nosso)

Apenas a esse respeito, peço *venia* ao Relator para dissentir parcialmente do seu voto e da posição atual da Seção e, aproveitando a revisitação do tema que o julgamento representativo proporciona, propor um ajuste na tese.

Em observância ao princípio da boa-fé processual (art. 5º do CPC c/c o art. 3º do CPP) e da disposição contida no art. 571 do Código de Processo Penal, incumbe a parte que se considerar prejudicada deduzir quaisquer nulidades oportunamente, sob o risco de, não o fazendo, sofrer os efeitos da preclusão.

Em relação à nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório, não há justificativa para adoção de compreensão distinta. **Ressalto, inclusive, que tal conclusão constou do voto condutor proferido no julgamento do HC n. 585.942/MT, bem como naquele exarado no julgamento do RvCr n. 5.563/DF.**

Quanto ao termo final para a referida alegação, entendo que deve ser observada a norma processual.

Nos termos do art. 571, I e II, do Código de Processo Penal, as nulidades verificadas durante a instrução criminal podem ser arguidas até as alegações finais.

Assim, ainda que a parte não tenha manifestado oposição explícita à inversão da ordem por ocasião do ato em si (audiência do interrogatório), **deve ser admitido o exame da insurgência deduzida a esse respeito até as alegações finais**, notadamente porque em consonância com a norma processual e veiculada em momento em que ainda pode ser suprida a irregularidade (mediante realização um novo interrogatório) sem prejuízo ao bom andamento do processo, circunstância essa que elide a existência de má-fé, ou seja, de nulidade de algibeira.

Rememoro, inclusive, que essa foi a solução adotada ao caso objeto do HC

n. 585.942/MT, sendo, ainda, a mesma diretriz aplicada pela jurisprudência desta Corte na análise de outras nulidades verificadas no curso da instrução:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. NULIDADE DE ALGIBEIRA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica em rechaçar a estratégia processual denominada nulidade de algibeira, a qual ocorre quando a Defesa não alega a existência de vício formal em momento oportuno, quedando-se inerte até que seja verificado, no futuro, que a tese acarretará mais benefícios ao Agente, em explícita ofensa aos princípios da boa-fé processual e da cooperação.

2. Na hipótese, a matéria está preclusa, porquanto o art. 571, inciso II, do Código de Processo Penal, preconiza que as eventuais nulidades ocorridas na fase de instrução criminal devem ser alegadas até as alegações finais, o que não ocorreu na hipótese.

3. A tese suscitada neste writ, além de não ter sido mencionada nas alegações finais, não foi apresentada nas razões do recurso de apelação, bem como não foi arguida em razão da interposição dos recursos extraordinário e especial.

4. Registro, ainda, que "a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que 'o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção' (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux)". (HC 184709 AgR, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 14-07-2020 PUBLIC 15-07-2020), circunstância não verificada no caso.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 746.715/SE, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023 - grifo nosso)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. ROUBO MAJORADO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE LAUDO PERICIAL NO LOCAL DO CRIME. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA INSTÂNCIA PRECEDENTE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE POR DEFICIÊNCIA NA DEFESA NÃO VERIFICADA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 563 DO CPP. REDUÇÃO DE 1/2 PELA TENTATIVA E NÃO NO PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. AGENTE QUE DESFERIU SETE TIROS NA VÍTIMA, APROXIMANDO-SE DA CONSUMAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Especificamente com relação à alegação de nulidade por ausência de realização de laudo pericial do local do crime, verifica-se que a questão não foi objeto de julgamento no acórdão impugnado, o que impede seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância, consoante entendimento desta Corte.

2. Ainda que assim não fosse, eventuais nulidades cometidas na instrução criminal dos processos da competência do júri devem ser arguidas no prazo de alegações finais, na forma do art. 571, I, do CPP. No caso, se os atos questionados foram praticados na investigação, mesmo que a defesa não tivesse o ônus de arguir os vícios na resposta à acusação, no mínimo teria que fazê-lo antes da decisão de pronúncia, ainda no *judicium accusationis*, não posteriormente, não sendo bastante suscitá-la em recurso de apelação.

3. Sobre a suposta deficiência da defesa, é importante lembrar que, no campo das nulidades no processo penal, o art. 563 do CPP institui o princípio *pas de nullité sans grief*; na mesma linha, a Súmula 523/STF enuncia que "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

4. Hipótese em que, como constatou o Tribunal de origem, não restou

provado o prejuízo imposto ao réu, que "foi defendido no julgamento em plenário por três advogados, que sustentaram a tese da negativa de autoria e pediram a absolvição por todos os delitos, em linha com a versão apresentada em interrogatório".

5. A atual defesa pode discordar da linha adotada pela defensoria, ou mesmo considerá-la deficiente, mas isso não é suficiente para a demonstração do prejuízo, nos termos da Súmula 523/STF.

6. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

7. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

8. No caso em apreço, tal critério foi observado, pois o magistrado de primeiro grau e a Corte de origem aplicaram a redução pela tentativa em 1/2, ressaltando que o agente desferiu sete tiros contra a vítima. Além disso, importa reconhecer que maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-probatório, o que é inadmissível na via eleita.

9. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 784.577/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 27/4/2023 - grifo nosso)

Logo, voto no sentido de ampliar e melhor explicitar a tese fixada nesse particular, admitindo que a parte alegue essa nulidade até as alegações finais.

No tocante à necessidade de demonstração de prejuízo concreto, os precedentes mais recentes da Suprema Corte (AgR no HC n. 230.370, Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 31/8/2023 e AgR no RHC n. 207.233, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 17/3/2022) têm sinalizado no sentido da necessidade de demonstração com base na previsão contida no art. 563 do Código de Processo Penal.

Vale destacar trecho de decisão da lavra do Ministro Edson Fachin sobre a questão proferida por ocasião do julgamento do RHC 209303/MG:

2. A existência de efetivo prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, grifei). Esse gravame não se traduz, simplesmente, a partir do resultado processual desfavorável. **É imperioso que o interessado evidencie certo nexa 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.** Na mesma linha:

“Ademais, o reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à defesa técnica. Vale dizer, o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o acusado. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional.” (HC 119372, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI,

Nesta Corte, o cenário é o mesmo, ou seja, a jurisprudência dominante, na linha do que ficou decidido na RvCr n. 5.563/DF, tem orientado no sentido da necessidade de demonstração do prejuízo (AgRg no AREsp n. 2.359.539/MT, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 14/8/2023; e AgRg no AREsp n. 2.034.413/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 23/3/2023), **sendo digna de menção a posição conhecida no eminente Ministro Rogerio Schietti Cruz, no sentido da desnecessidade de demonstração de prejuízo (AgRg no REsp n. 1.821.980/RS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 22/3/2023) por reputar que tal exigência caracterizaria uma prova diabólica.**

Essa dissonância, no entanto, pode, a meu sentir, ser equacionada e com esse propósito sugiro um ajuste na tese.

A exigência de demonstração do prejuízo (art. 563 do CPP), embora consubstancie uma regra processual e pressuposto para declaração de quaisquer nulidades, seja de índole absoluta ou relativa, amplamente aplicado nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, admite exceções reconhecidas pela própria jurisprudência.

Ora, em casos excepcionais, nos quais a inobservância de um procedimento gera, por si, um prejuízo à parte, tal exigência (comprovação de prejuízo) tem sido mitigada, tal como como no caso da falta de intimação do defensor constituído do réu da data de julgamento da apelação ou mesmo do acórdão exarado no julgamento de recurso.

A título exemplificativo, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. NULIDADE CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Consoante pacífica orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a falta de intimação pessoal do defensor público da data do julgamento do recurso de apelação consubstancia nulidade processual absoluta, que mitiga o exercício do direito de defesa do réu.

2. Agravo regimental provido para conceder a ordem de habeas corpus, a fim de anular o julgamento da apelação, devendo ser renovado o julgamento do recurso, com a prévia intimação pessoal da Defensoria Pública.

(AgRg no HC n. 775.946/SC, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 21/3/2023, DJe de 3/4/2023)

No caso, entendo que a inversão da ordem do interrogatório, a depender do contexto em que verificada, pode consubstanciar, por si só, prejuízo concreto ao direito de ampla defesa e ao contraditório, hipótese em que afigura-se desnecessária sua demonstração.

A título exemplificativo e em exercício criativo, cito caso hipotético em que uma testemunha (arrolada pela acusação) - **ouvida depois do interrogatório do réu** -, mesmo sem a ele referir ou incriminar, **cita alguma circunstância fática nova**, ainda que sutil, **mas apta a robustecer ou compor, em tese, a argumentação da defesa**. Nesse caso, não soa razoável impor ao réu o ônus de demonstrar prejuízo concreto além daquele verificado com a **oitiva tardia** dessa testemunha, já que tal demonstração envolveria conjecturas e ilações hipotéticas - potencialidade do evento referido interferir de forma efetiva no conteúdo do interrogatório - **de difícil demonstração e aferição**.

De outro lado, ainda no âmbito hipotético, a oitiva de uma testemunha da defesa ou mesmo da acusação, **depois** do interrogatório do réu, cujo relato é vazio - nega ter conhecimento dos fatos imputados ou de qualquer circunstâncias fáticas subjacentes -, é absolutamente desinfluyente, em regra, para a tese defensiva, de modo que eventual nulidade por inversão só poderia ser declarada, em casos que tais, mediante demonstração de prejuízo concreto (art. 563 do CPP).

Assim, considerando a multiplicidade de cenários fáticos possíveis, entendo que a solução adequada é exigir a demonstração de prejuízo como regra para a declaração de nulidade, em observância a norma processual, ressalvando, no entanto, a possibilidade de aferição de plano, quando as circunstâncias do caso e da inversão em si indicarem, *per se*, prejuízo concreto ao direito defesa.

Com essas considerações, proponho um ajuste na tese também nesse aspecto (prejuízo), de modo que a redação sugerida é a seguinte:

O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no artigo 400 do CPP, na pendência do cumprimento da carta precatória, tangencia somente a oitiva das testemunhas e não o interrogatório. Eventual declaração de nulidade - decorrente da inobservância da ordem prevista na norma processual - demanda a alegação oportuna na forma do art. 571, I e II, do CPP, sob pena de preclusão, além da demonstração de prejuízo concreto (art. 563 do CPP), desde que não evidenciada, de plano, a ofensa ao contraditório e a ampla defesa.

No caso sob exame, a modificação da tese é desinfluyente para o deslinde da causa, pois o próprio Relator concluiu no sentido da necessidade de renovação do ato (interrogatório), por reputar que o vício foi alegado oportunamente - primeira manifestação do defensor constituído nos autos -, sendo a inversão prejudicial ao recorrente, **conclusão essa a qual adiro integralmente.**

Ante o exposto, acompanho o voto do Relator para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de anular a sentença e determinar a renovação do interrogatório, prejudicado os demais tópicos da insurgência, divergindo apenas na tese estabelecida, a qual proponho ajuste na redação, nos moldes acima explanados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1933759 - PR (2021/0116367-0)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
RECORRENTE : **J P G**
ADVOGADO : **MARCELO JUNGLES DE MORAIS - PR081446**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**
INTERES. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"**

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. Razões do recurso e contextualização

J. P. G. interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná** na Apelação Criminal n. 0001390-21.2014.8.16.0025.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 217-A c/c o art. 226, II, do CP.

A Corte estadual rechaçou as pretensões defensivas em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIME – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ARTIGO 217-A, C/C CAPUT, O ARTIGO 226, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA –INSURGÊNCIA DA DEFESA – PRELIMINAR – INVERSÃO DA ORDEM NO INTERROGATÓRIO DO RÉU – ART. 400 DO CPP –NULIDADE RELATIVA – NÃO CONSTATADA – PRECLUSÃO TEMPORAL – ART. 571, INCISO II E ART. 572, AMBOS DO CPP – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA – ART. 563 DO CPP – PRINCÍPIO DO PRELIMINAR AFASTADA – PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF – MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – NÃO CABIMENTO – AUTORIA E

MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS NOS AUTOS – PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA – NÃO CABIMENTO – CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 226, INCISO II DO CÓDIGO PENAL CORRETAMENTE APLICADA – APELANTE QUE EXERCIA AUTORIDADE SOBRE A VÍTIMA – CONTINUIDADE DELITIVA CARACTERIZADA NOS AUTOS E APLICADA NO MÍNIMO LEGAL (1/6) – SENTENÇA MANTIDA – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO DEFENSOR DATIVO POR SUA ATUAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

Nas razões do especial, o recorrente alegou, preliminarmente, a nulidade do interrogatório, por haver ocorrido em momento anterior ao do depoimento da vítima e de testemunha de acusação, o que representaria afronta ao art. 400 do CPP.

Argumentou que as provas colhidas não são suficientes para demonstrar que os atos libidinosos tentados seriam capazes de atingir a dignidade sexual da vítima e que não houve a conduta delitiva imputada, de modo que o réu deveria ser absolvido.

O Ministério Público do Estado do Paraná apresentou contrarrazões às fls. 459-466.

O recurso foi admitido pelo Tribunal de origem às fls. 470-476.

Às fls. 492-497, o Ministério Público Federal se manifestou pela inadmissibilidade do recurso especial como representativo da controvérsia, sob o argumento de que a questão suscitada já estava pacificada no âmbito da Terceira Seção desde o julgamento do **HC n. 585.942/MT** (Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 3ª S., DJe 14/12/2020).

Reafirmada pelo Presidente da Comissão Gestora de Precedentes a qualificação do presente recurso como representativo da controvérsia (fls. 501-503) e levado o feito a julgamento, o eminente relator votou pelo conhecimento parcial do recurso e, nessa extensão, pelo seu provimento, em voto assim ementado

(destaques no original):

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TEMA 1.114. *INVERSÃO DA ORDEM NO INTERROGATÓRIO DO RÉU. ART. 400 DO CPP. NULIDADE QUE SE SUJEITA À PRECLUSÃO TEMPORAL. ART. 571, INCISO II E ART. 572, AMBOS DO CPP E À DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA – ART. 563 DO CPP. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA EXTENSÃO PROVIDO.*

I - Em que pese haver entendimento nesta Corte Superior admitindo o interrogatório quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e da vítima, a jurisprudência majoritária nas Cortes superiores vem evoluindo e se sedimentando no sentido de que há nulidade ocasionada pela inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, no entanto, a alegação está sujeita à preclusão e à demonstração do efetivo prejuízo.

II - Os parâmetros em aparente oposição são, portanto, o artigo 222, § 1º, do CPP e o art. 400 do mesmo diploma legal. Ao que se pode enfeixar a controvérsia, coloca-se em ponderação os princípios da celeridade processual e do devido processo legal, especialmente na sua dimensão da ampla defesa.

III - A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do processo, momento no qual se produzirão as provas, sejam elas testemunhais, periciais ou documentais, ao fim da qual, a decisão será proferida. Por esta razão, o art. 400 determina que a oitiva da vítima, das testemunhas arroladas pela acusação e depois pela defesa, nesta ordem, eventuais esclarecimentos de peritos, acareações, ou reconhecimento de coisas ou pessoas e, por fim, o interrogatório. Tal artigo, introduzido no ordenamento pela Lei n. 11.719, de 2008, significou a consagração e maximização do devido processo legal, notadamente na dimensão da ampla defesa e do contraditório, ao deslocar o interrogatório para o final da instrução probatória.

IV - Na moderna concepção do contraditório, segundo a qual, a defesa deve influenciar a decisão judicial, somente se mostra possível a referida influência quando a resposta da defesa se embasar no conhecimento pleno das provas produzidas pela acusação. Somente assim se pode afirmar a observância ao devido processo legal na sua face do contraditório.

V - Sob outro enfoque, ao réu incumbe arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, ou no momento legalmente previsto, sob pena de preclusão, tal como dispõe o art. 572 e incisos, do CPP.

VI - No caso concreto, observa-se que o primeiro momento em

que a defesa apontou a nulidade pela violação do art. 400 do CPP foi em razões de apelação. Isso porque, ao que se observa nos autos, não é difícil notar a insuficiência da defesa exercida por advogado dativo. As nomeações de advogados dativos para o ato de interrogatório, bem como para a apresentação de defesa prévia e alegações finais (cujos termos são idênticos, conforme fls. 170/172 e 256/258, respectivamente) parecem não ter suprido minimamente o direito à defesa enunciado pela Constituição da República.

VII - Em sendo assim, é possível se reconhecer que, no primeiro momento em que o réu estava sendo representado por um advogado, foi arguida a nulidade. Esta deve ser reconhecida, notadamente nesta hipótese em exame, em que a prova é exclusivamente oral, uma vez que os Laudo de Exame de Conjunção Carnal e de Exame de Ato Libidinoso não corroboram os fatos e tampouco o Relatório Psicológico é categórico sobre a veracidade da versão narrada pela vítima. Por tal razão, deve ser reconhecida a nulidade arguida, determinando-se que o réu seja novamente ouvido, em atenção ao art. 400, do CPP.

VIII - Tese jurídica: "***O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão e à demonstração do prejuízo para o réu***".

Recurso parcialmente conhecido e nesta extensão provido para reconhecer a nulidade do interrogatório que, realizado antes da oitiva das testemunhas, violou a norma do art. 400 do CPP, razão pela qual os autos devem ser devolvidos para a realização de novo interrogatório. Prejudicados os demais pedidos recursais relativamente à ausência de prova da autoria delitiva.

II. Delimitação da controvérsia

A controvérsia central cinge-se a: “definir se, com a expedição de precatória, que não suspende a instrução criminal, nos termos do § 1º do art. 222 do Código de Processo Penal, tal situação autoriza ou não a realização de interrogatório do réu em momento diverso do previsto no art. 400 do Código de Processo Penal e se eventual alteração da ordem implica ofensa ao contraditório e à ampla defesa”.

Identifico, ainda, a necessidade de se estabelecer – caso reconhecido que o interrogatório deve ser sempre realizado ao final da instrução – se a nulidade decorrente da inquirição do acusado em momento diverso se sujeita à preclusão e à demonstração de prejuízo concreto à defesa.

III. Momento do interrogatório

Segundo o art. 5º, LIV, da CF: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**” (grifei). O princípio remonta a período distante e reapareceu, em 1215, na Carta de João Sem Terra. Na interpretação das leis, avança-se, cada vez mais, para o implemento de um devido processo legal **substancial**, e não apenas o *procedural due process* (no que diz respeito ao aspecto formal ou procedimental).

A Constituição Federal nos mostra a abrangência dessa garantia, ao assegurar, no art. 5º, LV, da CF, o **contraditório** e a **ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes, aos acusados em geral, direito que engloba a perspectiva de, **pessoalmente** e perante a autoridade judicial competente, o próprio processado confrontar as imputações e as provas produzidas em seu desfavor. Como não é possível se defender de algo que não se sabe, o meio de prova deve ser realizado **ao final da instrução**.

Por isso, 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. 394, § 2º, do Código de Processo Penal, por sua vez, determina que "aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial". Por essa razão, esta Corte Superior de Justiça vinha adotando o entendimento de que o procedimento comum deveria ser o empregado 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 à legislação especial.

No entanto, o tema relativo ao momento do interrogatório do acusado – subjacente a este recurso – tem merecido novo olhar das Cortes Superiores, especialmente a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do **HC n. 127.900/AM** (Rel. Ministro **Dias Toffoli**, Tribunal Pleno, DJe 3/8/2016). Na ocasião, a Suprema Corte 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**, depois da 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 decidido no mencionado habeas corpus seja diverso da hipótese dos autos – porque aquele caso nada tem a ver com a realização do interrogatório do acusado antes da oitiva de testemunha por meio de carta precatória –, 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 – uma vez 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.

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.**

Foi esse mote que norteou, neste Superior Tribunal, o julgamento do **HC n. 585.942/MT** (Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**), em que a Terceira Seção revisou a interpretação do art. 222, § 1º, do CPP para compreender que, **mesmo no caso de expedição de carta precatória** – a qual, segundo o referido dispositivo, não suspende a instrução criminal –, o interrogatório do réu também deve ser realizado como último ato do processo. Confira-se a ementa redigida para o julgado:

[...]

1. Existem precedentes nesta Corte Superior, partindo da interpretação dos arts. 400 e 222 do Código de Processo Penal, que consideram válido o interrogatório do acusado quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e do ofendido.

2. Essa compreensão, no entanto, não está em harmonia com os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como com a jurisprudência consolidada na Suprema Corte, firme no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório do réu deve ser o último ato de instrução.

3. Importante ressaltar a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, de que 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.

4. Atualmente é assente o entendimento de que o interrogatório do acusado é instrumento de defesa, o que, em uma perspectiva garantista, pautada na observância dos direitos fundamentais, proporciona máxima efetividade se realizado ao final da instrução. De fato, a concretização do interrogatório antes da oitiva de

testemunhas e da vítima priva o acusado de acesso pleno à informação, já que se manifestará antes da produção de parcela importante de provas. Além disso, reflete diretamente na eficácia de sua reação e na possibilidade de influenciar o julgamento, não lhe permitindo refutar, ao menos diretamente (autodefesa), questões apresentadas com a oitiva de testemunhas e do ofendido. A inversão do interrogatório, portanto, promove nítido enfraquecimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, indevido, a meu ver, no âmbito da persecução penal.

5. Nessa perspectiva, ao dispor que a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal, o § 1º do art. 222 do CPP não autorizou, no meu sentir, a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do CPP, vale dizer, ao final da instrução. Oportuno ressaltar que o art. 222 do CPP está inserido em capítulo do Código de Processo Penal voltado ao procedimento relacionado às testemunhas (Capítulo VI do Código de Processo Penal - Das Testemunhas), e não com o interrogatório do acusado.

6. Outrossim, a redação do art. 400 do CPP elenca, claramente, a ordem a ser observada na audiência de instrução e julgamento, de forma que a alusão expressa ao art. 222, em seu texto, apenas indica a possibilidade de inquirição de testemunhas, por carta precatória, fora da ordem estabelecida, não permitindo o interrogatório do acusado antes da inquirição de testemunhas.

7. Na hipótese dos autos, o acusado foi interrogado antes da oitiva de testemunhas, por carta precatória. No entanto, conforme informações prestadas pelo Magistrado singular, a defesa técnica do réu somente arguiu suposta nulidade em seu último pedido, protocolizado em 19/3/2020, ou seja, após a realização de todas as oitivas supracitadas, o que reverbera na nulidade de algibeira. Assim, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, não se mostra viável acolher o pedido de nulidade, especialmente quando não aventado no momento oportuno.

8. Conquanto indevido o requerimento de nulidade, considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o fato de que a instrução ainda não encerrou, a necessidade de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o disposto no art. 196 do Código de Processo Penal, que autoriza a realização de novo interrogatório, entende-se que a ordem deve ser parcialmente concedida para determinar que se proceda a novo interrogatório do acusado ao final da instrução.

[...]

10. Ordem parcialmente concedida para determinar a realização de novo interrogatório do acusado ao final da instrução.

(HC n. 585.942/MT, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 3ª S., DJe 14/12/2020)

Firmadas essas premissas, estou de acordo com o eminente relator quanto à necessidade de que o interrogatório do acusado seja realizado ao final da

instrução, mesmo quando houver testemunha a ser ouvida por meio de carta precatória.

Cumpre examinar, agora, se a nulidade decorrente da inquirição do acusado em momento diverso se sujeita à preclusão e à demonstração de prejuízo concreto à defesa.

IV. Preclusão e demonstração de prejuízo ao réu

No julgamento do **REsp. n. 1.808.389/AM** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 20/11/2020) e do **REsp n. 1.825.622/SP** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 28/10/2020), expressei a compreensão – acompanhada pela Turma – de que o interrogatório do réu deve ser sempre o último ato da instrução, sob pena de nulidade, a qual independeria, conforme propus à época, da demonstração concreta de prejuízo – para além da própria condenação – e da existência de alegação do vício pela defesa na própria audiência.

Entretanto, no julgamento da **RvCr n. 5.563/DF**, em 12/5/2021, o tema foi enfrentado pela Terceira Seção deste Superior Tribunal e, na ocasião, fiquei vencido. Prevaleceu o entendimento majoritário de que para se reconhecer a nulidade pela inversão da ordem de interrogatório é necessário que o inconformismo haja sido manifestado pela defesa na primeira oportunidade de falar nos autos e que seja demonstrado o prejuízo sofrido. Confira-se a ementa do julgado:

[...]

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.

2. Isso não obstante, esta Corte Superior já consolidou entendimento no sentido de que, para se reconhecer nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, "é necessário que o inconformismo da Defesa tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o

ato, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão" (HC 446.528/SP, Rel. p/ acórdão Ministro FELIX FISCHER, j. 11/9/2018, DJe 20/9/2018). Precedentes: [...].

3. De igual forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é assente em afirmar que a inversão na ordem do interrogatório do réu constitui nulidade relativa e sujeita à preclusão. Nesse sentido, entre outros: [...].

4. Tendo ficado consignado, no acórdão rescindendo, que a questão estaria preclusa, já que não foi alegada pela defesa tempestivamente na própria audiência em que realizado o ato, vindo a ser alegada apenas em sede de embargos de declaração em apelação criminal, e que não fora demonstrado efetivo prejuízo, não se configura a alegada violação a literal dispositivo de lei, apta a oportunizar a rescisão do julgado com base no art. 621, I, do CPP.

5. Revisão criminal julgada improcedente.

(RvCr n. 5.563/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª S., DJe 21/5/2021)

De fato, a doutrina e a jurisprudência pátrias têm caminhado de modo a temperar, ou mesmo derrotar, a rígida categorização de institutos jurídicos que caracterizou a doutrina clássica.

Um exemplo é a divisão das nulidades processuais, tradicionalmente feita pela doutrina em **nulidades relativas e absolutas** (ou mesmo indicativas de inexistência do ato jurídico), entre cujas distinções se encontrava a dispensa, em relação às últimas, da demonstração do prejuízo causado à parte interessada pela atipicidade processual, além da não sujeição à preclusão.

É sabido que a forma – embora garantia de proteção do indivíduo diante do Estado punitivo – não é fim em si mesma; tem uma ontologia e funcionalidade instrumental, a serviço, pois, do correto desenvolvimento do processo para sua finalidade última, a realização da justiça, material e procedimental. Com base nessa compreensão, a doutrina e a jurisprudência pátrias acabaram por relevar a sobredita distinção, assentando o entendimento de que, mesmo quando se trata de nulidade tida como absoluta, não se dispensa a consideração sobre prejuízos que venha ela a causar à parte interessada.

Bem a propósito, vale, exemplificativamente, a colação da moderna

doutrina, *inter alia*, de Antonio Cabral e Daniel Zaclis, *in verbis*:

[...] os atos processuais não serão anulados por qualquer atipicidade formal quando, mesmo se praticados de outra maneira, atingirem sua finalidade", pois, "por vezes, não se pode danificar a tramitação do processo por qualquer irregularidade formal sem antes examinar 'as finalidades do ato', ou seja, sua função no processo". Neste casos, "o respeito às formas cede espaço para seu sentido teleológico, o *modus faciendi* é suplantado pela causa *finalis*" (CABRAL, Antonio do Passo. *Garantismo Penal Integral*. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modo garantista no Brasil, 2ª tiragem. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 381-382).

A rigor, em nosso sistema processual-penal, não se pode falar em nulidade sem prejuízo. Conquanto se estabeleçam diferentes meios para verificação do conteúdo do prejuízo, é certo que sem ele não há ato nulo. Por isso, parece correto afirmar que o prejuízo constitui um pressuposto da nulidade; é preciso analisar, como antecedente necessário, a incidência de um prejuízo às partes causado pelo ato processual defeituoso, pois somente assim poder-se-á falar em invalidade. Frise-se, um erro processual desprovido de prejuízo não gera nulidade. Ao se atribuir, ao prejuízo, natureza jurídica de pressuposto na teoria das nulidades, torna-se coerente uma vez mais insistir na ideia de que, independentemente da gravidade do defeito, sempre será imprescindível a concretização de um dano para declaração do ato nulo. (ZACLIS, Daniel. *As nulidades no processo penal*. Estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. São Paulo: GZ Editora, 2016, p. 115-116).

[...] para que não se faça letra morta da legislação em vigor [...], é preciso rechaçar as teses que propõem a presunção do prejuízo na nulidade absoluta, ou mesmo a desnecessidade da existência deste (prejuízo) em determinados casos. Ao que parece, tais posicionamentos, com vistas a buscar uma estruturação lógica em uma teoria tecnicamente descuidada, recorrem a uma simplificação do tema do prejuízo, deixando de lado aspectos conceituais basilares. Não se deve olvidar que o prejuízo configura um pressuposto da nulidade. Ao não gerar qualquer prejuízo às partes, ressalte-se, o ato processual não será nulo. De se remeter novamente ao artigo 563 do Código de Processo Penal que, expressando o adágio *pas de nullité sans grief*, insere uma norma-regra, que e como tal, promove uma *imposição definitiva*. Da leitura de tal dispositivo legal não pode haver outra interpretação senão aquela que exige, sim, de todas as nulidades - relativas ou absolutas - a existência do prejuízo (ZACLIS, Daniel. *idem*, p. 118).

Assim também já expressavam Grinover, Scarance e Magalhães,

professores das Arcadas, em festejada obra sobre o tema, ao assinalarem que "predomina hoje em dia o sistema da instrumentalidade das formas em que se dá mais valor à finalidade pela qual a forma foi instituída e ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal" (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 27, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001).

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal vem orientando seus julgados sob esse ponto de vista:

[...]

III - Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, "a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* **compreende as nulidades absolutas**" (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). [...] V - Ordem denegada. (**HC n. 122.229**, Rel. Ministro **Ricardo Lewandoski**, 2ª T., DJe 29/5/2014, destaquei)

[...]

III - **A orientação desta Suprema Corte é a de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo.** Incidência da Súmula 523/STF.

[...]

V – Agravo regimental a que se nega provimento. (**ARE n. 1.398.044 AgR-segundo**, Rel. Ministro **Ricardo Lewandowski**, 2ª T., DJe 7/11/2022, grifei)

[...]

1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que o “**princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção**” (HC n. 132.149-AgR, Rel. Ministro **Luiz Fux**, destaquei).

[...]

4. Hipótese de paciente condenado (em primeira e segunda instâncias) a 7 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pelo crime de homicídio (art. 121, *caput*, do CP). Conforme afirmou o Superior Tribunal de Justiça, “após o julgamento da

apelação criminal, a defesa manifestou-se nos autos sucessivas vezes sem, contudo, alegar a referida nulidade. (...) Por fim, **a defesa não demonstrou efetivamente o prejuízo decorrente da alegada nulidade**".

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(HC n. 221.838 AgR, Rel. Ministro **Roberto Barroso**, 1ª T., DJe 3/2/2023, grifei)

Em igual direção, o Superior Tribunal de Justiça:

[...]

3. Além do mais, o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal, seja absoluta ou relativa, reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*).

[...]

15. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.969.578/SC, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 2/6/2023)

[...]

3. Recorrente que se limita a sustentar que o interrogatório judicial deve ser o último ato da instrução, **sem demonstrar concretamente que prejuízos a defesa sofreu** diante da realização do interrogatório dos acusados antes do término da instrução criminal das ações penais conexas, decorrentes do desmembramento. **É entendimento deste Superior Tribunal que a alegação de nulidade, absoluta ou relativa, deve ter como pressuposto o indispensável prejuízo.** Precedente.

4. Ademais, inexistindo sentença, inviável até aquilatar o prejuízo, indispensável ao reconhecimento da nulidade.

[...]

(RHC n. 170.931/RJ, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 13/4/2023)

Nessa linha, é possível constatar que "[a] jurisprudência desta Corte evoluiu para considerar que no processo penal mesmo as nulidades absolutas exigem prejuízo e **estão sujeitas à preclusão**" (RHC n. 43.130/MT, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 16/6/2016, destaquei).

Significa dizer que, em respeito à segurança jurídica e à lealdade processual, o STJ tem orientado que **mesmo as nulidades absolutas devem ser arguidas em momento oportuno e sujeitam-se à preclusão** (AgRg no AREsp n.

699.468/PR, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 24/5/2017; **AgRg no HC n. 527.449/PR**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, 5ª T., DJe 5/9/2019, e **AgRg no HC n. 593.029/MT**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 21/6/2022).

Na mesma direção:

[...]

4. **Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, as nulidades absolutas estão sujeitas à preclusão.**

5. Ausente ilegalidade patente, não há se falar em concessão de ordem de habeas corpus de ofício.

6. Agravo regimental desprovido.

(**AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.992.063/CE**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 6ª T., DJe 23/2/2023, destaqueei)

[...]

3. **As nulidades ocorridas durante a sessão de julgamento do Tribunal do júri devem ser suscitadas na própria sessão, com o respectivo registro em ata, art. 571, VIII, do Código de Processo Penal, sob pena de preclusão. Ainda que se entenda, tratar-se de nulidade absoluta a jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça "em respeito à segurança jurídica e a lealdade processual, tem se orientado no sentido de que mesmo as nulidades denominadas absolutas também devem ser arguidas em momento oportuno, sujeitando-se à preclusão temporal"** (AgRg no HC 527.449/PR, Rel. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**, QUINTA TURMA, julgado em 27/8/2019, DJe 5/9/2019).

4. No campo das nulidades no processo penal, seja relativa ou absoluta, o art. 563 do CPP institui o conhecido princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo e, na mesma linha, a Súmula 523/STF enuncia que "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

[...]

(**HC n. 780.310/MG**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 22/2/2023, grifei)

Dessa forma, **revisitando minha compreensão anterior sobre o tema**, entendo adequada e consonante com a jurisprudência desta Corte a exigência proposta pelo relator – sobretudo para que não se estimule a invocação de nulidades de algibeira – de que “ao réu incumbe **arguir a nulidade na própria audiência ou no primeiro momento oportuno, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade no primeiro momento em que**

tiver conhecimento da inversão da ordem em questão”.

Divirjo parcialmente, porém, da proposta de que “Cabe também à defesa a demonstração do prejuízo concreto sofrido pelo réu, uma vez que se extrai do ordenamento, a regra geral segundo a qual, as nulidades devem ser apontadas tão logo se tome conhecimento delas, ou no momento legalmente previsto, sob pena de preclusão, conforme dispõe o art. 572 e incisos, do CPP”.

Decerto que, como ponderei acima, **tem sido exigida da defesa a demonstração de prejuízo quando se trata de situações configuradoras de certas atipicidades processuais** – como, v. g., a 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 ao acusado, a demandar, portanto, avaliação caso a caso.

Penso, todavia, que tal raciocínio não pode ser estendido de maneira automática 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 depois da produção da prova, de modo a poder refutar, com maior alcance, as provas e as alegações produzidas pelo órgão acusador.

Com efeito, a autodefesa 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

mediante o 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 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.

É bem verdade que julgados desta Corte Superior de Justiça exigem, em relação aos processos com instrução ainda em curso, a demonstração **do efetivo prejuízo sofrido em razão da inversão da ordem do interrogatório para reconhecimento da 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 configuração 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 **subtrai-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 (p. 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" (p. 48-49).

Daí por que o eminente Ministro **Celso de Mello** chegou a afirmar, no **HC n. 173.800/SP**, no qual se discutia justamente a não realização do interrogatório ao final de instrução, 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*’. Para ele, “esse entendimento apoia-se em valiosos precedentes que o Supremo Tribunal Federal firmou na análise dessa questão, como se vê dos seguintes julgados emanados desta Corte, que advertiu, para os fins a que alude o art. 563 do CPP, que se presume ocorrente o prejuízo quando inobservadas formalidades essenciais que densificam princípios de ordem constitucional [...]” (**HC n. 173.800/MG**, Rel. Ministro **Celso de Mello**, DJe 4/2/2020).

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. Tradução coletiva. RT: 2002, p. 486, item n. 2).

Se o interrogatório é um **ato essencialmente de autodefesa**, não se pode negar ao acusado 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.

Nessa situação, exigir **da defesa** a demonstração de prejuízo para o reconhecimento da nulidade – **à qual não deu causa** – 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.

Não por outra razão, a Terceira Seção deste Superior Tribunal entendeu recentemente, à unanimidade, no que diz respeito à necessidade de que o adolescente seja ouvido ao final da instrução nos processos de apuração de ato infracional regidos pelo ECA, que: **“regra geral, para acolhimento da tese de nulidade, faz-se necessário que a defesa a aponte em momento processual oportuno, quando o prejuízo à parte é perceptível por mero raciocínio lógico”**. Assentou-se, naquele caso concreto, que **“O prejuízo suportado pelo adolescente é identificável por meio de mero raciocínio lógico, pois, uma vez aplicado o rito do art. 400 do CPP, o interrogatório deixou de ser realizado como último ato da instrução, o que violou as garantias básicas do processado” (HC n. 769.197/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 3ª S., DJe 21/6/2023)**.

É dizer, naquela ocasião, **a Seção não impôs à defesa o ônus de demonstrar o prejuízo.**

Assim, evoluindo no raciocínio que formulei no julgamento dos **REsp. n. 1.808.389/AM e 1.825.622/SP**, proponho uma **solução intermediária**, que, no meu entender, é capaz de conciliar os interesses em jogo e assegurar o delicado – e sempre necessário – **equilíbrio entre eficiência e garantismo no processo penal**.

Sugiro, nessa perspectiva, que, **em vez de se exigir da defesa a demonstração do prejuízo ou, em sentido diametralmente oposto, de se presumir, de forma absoluta, a ocorrência dele pelo mero fato de ter havido condenação, ele deve ser presumido de forma relativa. É dizer, cabe a quem deseja se valer do ato realizado em desacordo com a forma legal (o órgão de acusação ou o julgador) o ônus de demonstrar, argumentativamente, que, a despeito da realização do interrogatório antes de oitiva da testemunha deprecada, isso não acarretou prejuízo concreto ao réu.**

Imagino, como exemplo, hipótese em que a testemunha ouvida depois do acusado nada traga de relevante sobre os fatos imputados na denúncia, como seria o caso de uma testemunha meramente abonatória ou alguém que não se recorde do ocorrido.

Evitam-se, dessa forma, dois tipos de situações indesejadas. De um lado, **retira-se da defesa o difícil ônus de demonstrar que, caso o réu fosse ouvido ao final da instrução, o resultado do julgamento poderia ser diverso; de outro, resguarda-se a efetividade e a instrumentalidade do processo** com a possibilidade de preservar atos que, apesar de realizados em desacordo com a forma legal, cumpriram sua finalidade suficientemente e não acarretaram efetivo prejuízo ao acusado.

V. O caso dos autos

Em relação à apreciação da hipótese concreta posta em julgamento, o eminente relator fez as seguintes considerações:

No caso concreto, observa-se que a alteração da ordem em foco produziu impacto relevante neste processo, cuja prova é exclusivamente oral e a versão é única emitida pela vítima e confirmada pela sua mãe.

Por outro lado, observo que o primeiro momento em que a defesa apontou a nulidade pela violação do art. 400 do CPP foi em razões de apelação. Isso porque, ao que se observa nos autos, não é difícil notar a insuficiência da defesa exercida por advogado dativo. As nomeações de advogados dativos para o ato de interrogatório, bem como para a apresentação de defesa prévia e alegações finais (cujos termos são idênticos, conforme fls. 170/172 e 256/258, respectivamente) parecem não ter suprido minimamente o direito à

defesa enunciado pela Constituição da República.

Nesse sentido, repiso que a prova dos autos é exclusivamente oral. Foram ouvidas, a vítima e sua mãe. Não foram arroladas testemunhas, sequer de caráter. Em suma, não há qualquer outro elemento a balizar a busca da reconstrução da verdade processual. Note-se que a defesa deixou de apresentar o rol de testemunhas no momento oportuno e teve indeferido o pedido para fazê-lo posteriormente.

Chama a atenção ainda o fato de que o Laudo do Exame de Conjunção Carnal (e-STJ fls. 16/17), bem como o Laudo do Exame de Ato Libidinoso (e-STJ fls. 18/19) não corroboram a narrativa da vítima. Tampouco os Relatórios Psicológicos são conclusivos quanto à veracidade da narrativa dos fatos pela mesma (e-STJ fls. 79/82; 85/88). Portanto, esse é o exemplo preciso do prejuízo presumido, de vez que não há provas acessórias a alicerçar a condenação.

O crime é gravíssimo, não restam dúvidas, o réu está condenado à pena de 14 anos de reclusão, mas tal não nos autoriza a cancelar eventual sumário da instrução criminal, em desrespeito às garantias fundamentais materiais estabelecidas na Constituição da República, notadamente a garantia a um processo devido e legal, na sua face culminante do direito à defesa que deve ser ampla e plena para assegurar o resultado justo e legítimo ao final do processo.

Em sendo assim, é possível se reconhecer que no primeiro momento em que o réu estava de fato representado por um advogado foi arguida a nulidade, razão pela qual esta deve ser reconhecida para que o réu seja novamente ouvido, em atenção ao art. 400, do CPP e à jurisprudência das Cortes Superiores.

Em suma, esta é a posição doutrinária e jurisprudencial majoritárias, o que não poderia ser diferente, dado o contexto social em que nos encontramos, além dos parâmetros teóricos fornecidos pelo do moderno direito democrático, que nos impele vivamente a atribuir a máxima eficácia ao devido processo legal e nos induz ao entendimento segundo o qual não há argumento de ordem pragmática que justifique se sobreponha a celeridade ao primado do devido processo legal, especialmente em sua face da ampla defesa e do contraditório.

As demais alegações de mérito, relativamente à absolvição por ausência de prova de que os atos libidinosos tentados seriam capazes de atingir a dignidade sexual da vítima e à absolvição face ao primado do *in dubio pro reo*, ficam prejudicadas em virtude do reconhecimento da nulidade supra examinada.

Nesse ponto, apesar da parcial discordância que expressei quanto à tese abstrata proposta pelo relator, observo que, no exame da situação específica dos autos, ele **reconheceu a existência do prejuízo e a necessidade de se determinar a realização de novo interrogatório do acusado**, razão pela qual adiro às suas conclusões a respeito do caso concreto ora examinado.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, **acompanho** o eminente relator para **dar parcial provimento ao recurso**, a fim de “reconhecer a nulidade do interrogatório que, realizado antes da oitiva das testemunhas, violou a norma do art. 400 do CPP, razão pela qual os autos devem ser devolvidos para a realização de novo interrogatório. Prejudicados os demais pedidos recursais relativamente à ausência de prova da autoria delitiva”.

Já no que concerne à **tese** a ser firmada sob o rito dos recursos repetitivos, proponho a realização de alguns ajustes na redação sugerida pelo relator, nos seguintes termos: **"(a) O interrogatório do réu deve ser sempre o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP, na pendência do cumprimento de carta precatória (art. 222, § 1º, do CPP), diz respeito somente à oitiva das testemunhas, e não ao interrogatório. (b) O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão e a defesa deve arguí-la na própria audiência ou até as alegações finais, salvo situação extraordinária em que deverá argumentar a excepcionalidade assim que tiver conhecimento da inversão da ordem em questão. (c) A configuração de prejuízo concreto à defesa, embora necessária para reconhecimento da nulidade, deve ser presumida de forma relativa em caso de condenação: cabe a quem desejar se valer do ato realizado em desacordo com a forma legal (órgão de acusação e/ou julgador) o ônus de demonstrar, argumentativamente, que, a despeito da realização do interrogatório antes de oitiva da testemunha deprecada, isso não acarretou prejuízo concreto ao réu”**.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2021/0116367-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.933.759 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013902120148160025 13902120148160025

PAUTA: 23/08/2023

JULGADO: 13/09/2023
SEGREGO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : J P G
ADVOGADO : MARCELO JUNGLES DE MORAIS - PR081446
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

CERTIDÃO

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

Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator no caso concreto, dando parcial provimento ao recurso especial, a fim de anular a sentença e determinar a renovação do interrogatório, prejudicado os demais tópicos da insurgência, e os votos dos Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik no mesmo sentido, A Terceira Seção, por unanimidade, conheceu do recurso especial repetitivo para dar parcial provimento ao recurso para reconhecer a nulidade do interrogatório que, realizado antes da oitiva das testemunhas, violou a norma do art. 400 do CPP, razão pela qual os autos devem ser devolvidos para a realização de novo interrogatório e julgou prejudicados os demais pedidos recursais relativamente à ausência de prova da autoria delitiva. Quanto à tese referente ao Tema Repetitivo n. 1114, a Terceira Seção, por maioria, a fixou da seguinte forma: "O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório. O eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos, parcialmente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz, que reconheciam o prejuízo de forma mais ampla que a maioria.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator quanto ao caso concreto.

Vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz, quanto à tese jurídica fixada.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2021/0116367-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.933.759 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.