

Inversão no interrogatório do réu: entendimento equivocado do STJ

27/08/2024

A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao discutir a aplicação do **Tema Repetitivo 1.114**, esclareceu que a nulidade decorrente da inobservância do interrogatório do réu como último ato da fase de instrução deve ser suscitada até o momento das alegações finais, nos termos do **artigo 571, incisos I e II, do Código de Processo Penal, sob pena de preclusão**. [1]

O colegiado afastou, assim, a interpretação de que, ao fixar a tese repetitiva, a seção de direito criminal teria definido que a nulidade deveria ser arguida no momento do interrogatório ou, no máximo, até a primeira oportunidade após a defesa ter ciência da inversão da ordem das oitivas.

No voto que prevaleceu na 3ª Seção, o ministro Sebastião Reis Junior comentou que a publicação do inteiro teor do julgamento do Tema 1.114 pode ter dado margem à conclusão de que teria ficado vencida a posição segundo a qual a nulidade relativa à ordem do interrogatório deve ser apontada até as alegações finais.

Na verdade — afirmou o ministro —, o entendimento unânime foi no sentido de que, se o Código de Processo Penal define que as nulidades da fase de instrução podem ser arguidas até as alegações finais, a mesma compreensão deve ser aplicada no caso de apontamento da defesa sobre a inversão indevida da ordem dos interrogatórios.

Segundo ele, “não obstante o equívoco verificado, é certo que o fato de o voto condutor ou mesmo a ementa sugerir algo distinto do que foi efetivamente decidido não altera o resultado do julgamento efetivamente proclamado, nem firma a necessidade de retificação do resultado, inclusive porque a tese estabelecida é bastante clara no sentido de que a nulidade pode ser suscitada até as alegações finais, na medida em que refere à disposição contida no artigo 571, I e II, do CPP”.

Assim, no Tema Repetitivo 1.114, firmou-se a seguinte tese: “O interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no artigo 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 artigo 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu”.

Reprodução



Spacca

Como se vê, o equívoco da tese firmada é claríssimo, pois, sobretudo, faz tabula rasa do princípio do contraditório e da ampla defesa, como também ignora a “natureza jurídica” do interrogatório, verdadeiro meio de defesa (muito antes de mero meio de prova).

Com efeito, o interrogatório do réu deve ser (qualquer que seja o procedimento: comum, especial ou do júri) o último ato da instrução criminal e, ao contrário do que foi decidido, a inversão da ordem prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal não tangencia somente a oitiva das testemunhas, mas também, e principalmente, o interrogatório; e o reconhecimento desta nulidade, por evidente, não se sujeita à preclusão, na forma do artigo 571, I e II, do Código de Processo Penal, e à demonstração do prejuízo para o réu, devendo ser reconhecida em qualquer fase do processo (em primeiro ou mesmo em grau de recurso), tenha ou não sido alegada pelas partes (devendo, portanto, ser reconhecida a nulidade de ofício).

O entendimento em sentido contrário, *data maxima venia*, colide com diversos princípios e regras impostergáveis do devido processo penal, tais como o contraditório e a ampla defesa, restando evidente a violação ao disposto no artigo 400 do Código de Processo Penal.

Interrogatório é último ato da instrução criminal

A propósito, vejamos o teor do artigo 400 do Código de Processo Penal, a saber: “*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*”.

Saliente-se que a ressalva feita pelo dispositivo acima transcrito (artigo 222 do Código de Processo Penal) não inclui o interrogatório, que deve ser sempre o último ato da instrução criminal, ainda que se determine a oitiva de testemunha por carta precatória.

Como se sabe, a Lei nº 11.719/08 alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos, passando o interrogatório do acusado a ser o último ato processual da audiência de instrução e julgamento, o que veio a fortalecer a ideia de considerá-lo, além de mais um meio de prova, um autêntico e importante meio de defesa.

Segundo afirma a doutrina, com a reforma, “*o interrogatório e, por conseguinte, a autodefesa, ganharam ainda mais importância, principalmente porque aquele ato passou a ocupar o derradeiro momento da persecução penal, permitindo, assim, ao réu, apresentar a sua versão dos fatos após ter tido contato pessoal com todas as demais provas produzidas, principalmente as orais*”.



“Trata-se, como se percebe, de importante inovação, que confere ao acusado uma maior possibilidade de defender-se, até porque, como se sabe, talvez em razão da falta de investimentos ou, até mesmo, de cultura em investigação, quase sempre os processos criminais são decididos com base nas provas testemunhais colhidas. No entanto, obviamente, para que o réu possa desempenhar sua autodefesa de maneira ampla, é essencial que ele esteja pessoalmente presente durante a realização da audiência de instrução e julgamento e, também, a da tomada de todos os testemunhos que ocorram fora desta. Tal afirmação já era válida na sistemática anterior, com fundamento na CF e, até mesmo, na Lei Adjetiva vigente, mas tornou-se inquestionável doravante, tendo em vista a supramencionada alteração na ordem da colheita das provas e, bem assim, o entendimento do STF quanto à hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Quanto a este último aspecto, cumpre destacar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, aprovado pelo Dec. Leg. nº 266/1991 e promulgado pelo Dec. nº 592/92, o qual expressamente prevê, como direitos de todos os que sejam

acusados criminalmente, 'de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente' (art. 14, 3, d)". [2]

Assim, “na lei nova prevalece outra orientação: o interrogatório é o momento mais importante da autodefesa; é a ocasião em que o acusado pode fornecer ao juiz sua versão pessoal sobre os fatos e sua realização após a colheita da prova permitirá, sem dúvida, um exercício mais completo do direito de defesa, inclusive pela faculdade de permanecer em silêncio (art. 5º., LVIII, CF)”. [3]

Hoje, mais do que antes, adota-se a ideia que o interrogatório se trata de um meio de defesa, sendo esta a posição adotada por doutrinadores como Tourinho Filho, Bento de Faria e Jorge Alberto Romeiro, dentre outros. Frederico Marques, por sua vez, defendia o contrário.

Tornaghi, identificando o problema como uma questão de política processual afirmava que o interrogatório tanto pode ser aproveitado pela lei para servir como método de prova quanto como instrumento de defesa, sendo, portanto, “meio de prova quando a lei o considera fato probante (*factum probans*) e é meio de defesa e fonte de prova quando ela entende que ele por si nada prova, mas apenas faz referência ao fato probando e, por isso mesmo, é preciso ir buscar a prova de tudo quanto nele foi dito pelo réu”.

Sem dúvidas, é indubitoso o caráter de meio defensivo que possui o interrogatório, nada obstante se tratar também, a depender do depoimento prestado, de uma fonte de prova, de um meio de prova e de um elemento de prova, quando trazido para os autos.

Como se sabe, o princípio da ampla defesa insculpido no artigo 5º., LV da Constituição engloba não somente a defesa técnica, a cargo de um profissional do direito devidamente habilitado (artigo 261, parágrafo único, CPP), como também a denominada autodefesa ou defesa pessoal, esta exercida pelo próprio acusado quando, por exemplo, depõe pessoal e livremente no interrogatório.

Ora, tratando-se, como efetivamente se trata, de um modo de defesa pessoal é evidente que o interrogatório não pode ser considerado, tão-somente, como meio de prova, nada obstante estar disciplinado (de maneira equivocada) no Capítulo III, do Título VII do Código de Processo Penal.

STF garante aplicação ao processo penal militar

A propósito, na sessão do dia 3 de março de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que se aplica ao processo penal militar a exigência de realização do interrogatório do réu ao final da instrução criminal, conforme previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal (Habeas Corpus nº 127900). Em seu voto, o relator, ministro Dias Toffoli, reafirmou jurisprudência da 1ª Turma no que diz respeito à aplicação de dispositivos do Código de Processo Penal mais favoráveis ao réu, garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Observa-se que tal questão não é “*meramente procedimental*” como se costuma, depreciativamente e de forma simplista, afirmar-se em algumas decisões judiciais que ainda teimam em invocar uma nociva “*instrumentalidade do processo*” para relativizar o rito processual em detrimento da garantia que ele representa para o acusado no processo penal.

Aliás, Calmon de Passos, há mais de três décadas, já desvelava esta farsa, afirmando que “*falar-se em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual*”.

Para ele, a instrumentalidade foi uma resposta dada “*para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita — quais as causas reais dessa crise — jamais foi formulada*”.

“E a resposta foi dada pela palavra mágica da ‘instrumentalidade’, a que se casaram outras palavras mágicas — ‘celeridade’, ‘efetividade’, ‘deformalização’ etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e a hora do desencantamento”. [4]

Como se vê, até hoje como nunca antes, despreza-se a forma com argumentos utilitaristas, eficientistas e consequencialistas, como se um procedimento em matéria penal fosse apenas um “*simples detalhe*”, um arremate, digamos assim..., perfeitamente dispensável, esquecendo-se que a sua observância é, sobretudo, uma garantia que o acusado será processado, julgado e (se for o caso e houver prova mais do que suficiente) condenado sob o manto do devido processo legal, sem manipulações de qualquer natureza.

Toda relativização nesta seara deve ser denunciada, pois incorrerá em flagrante inconstitucionalidade, não havendo que se cogitar em aplicação do (inaplicável) artigo 563 do Código de Processo Penal, onde se consagra o princípio do prejuízo ou do *pas de nullité sans grief*, expressão pernóstica cunhada pela doutrina francesa e estabelecida normativamente pelo Direito francês, apesar de ser um princípio de direito mais antigo do que os antepassados mais remotos.

No processo penal, cujo conteúdo difere substancialmente do processo civil, o prejuízo decorrente da inobservância do rito deve ser presumido e não provado pela defesa. [5]

Nesse sentido, ressalte-se o que escreveram Alexandre Morais da Rosa e Rosmar Rodrigues Alencar:

“Volvendo para o enunciado do art. 563, do CPP, constatamos, inicialmente, que não há nele qualquer dever atribuído às partes para comprovar prejuízo decorrente da nulidade, porquanto disciplina que ‘nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa’. Em outras palavras, ao exigir que haja prova de prejuízo para o acusado a fim de permitir a nulificação de ato processual, o órgão judicial finda por obrigar alguém a fazer algo sem existência de lei expressa que o autorize, em descompasso com o inciso II, do art. 5º, da Constituição do Brasil, que preconiza que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Logo, mais uma ilação podemos alinhar: é antijurídico exigir, em desfavor do imputado, prova de prejuízo. Seja porque tem o potencial de lhe atribuir um dever, seja porque ofende o postulado de que, na dúvida, a decisão deve favorecer a liberdade, seja ainda porque não há prejuízo maior do que uma decisão que cerceie um direito fundamental seu. Afinal, reconhecemos, na forma, a essência. Mas há algo mais que depreendemos do art. 563, do CPP. Nele, não há distinção entre nulidades mais ou menos graves, absolutas ou relativas. A imprecisão terminológica do Código é um distintivo com potencial de ampliar o arbítrio.” [6]

Portanto, no intuito de se observar a ordem disposta no artigo 400 do Código de Processo Penal e de acordo com o princípio constitucional do devido processo legal, tornar-se-ia necessária, em casos como tais, a anulação do feito a partir das alegações finais, conforme o artigo 573, § 1º, do Código de Processo Penal, realizando-se novo interrogatório do acusado (nos termos do artigo 196 do Código de Processo Penal); em seguida, deveriam ser reabertos os prazos para a fase de requerimento de eventuais diligências (artigo 402 do CPP), bem como para a apresentação de novas alegações finais (artigo 403 do CPP), proferindo-se, ao final, uma nova sentença, à luz do novo interrogatório e das novas alegações finais, salvaguardando-se os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, errou o Superior Tribunal de Justiça; aguardemos, então, a posição da Suprema Corte.

[1] Esta notícia refere-se ao EAREsp 2400913. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/21082024-Nulidade-por-desrespeito-a-ordem-do-interrogatorio-do-reu-pode-ser-apontada-ate-as-alegacoes-finais.aspx>. Acesso em 21 de agosto de 2024.

[2] Pupo, Matheus Silveira. Uma nova leitura da autodefesa. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 196, p. 14-15.

[3] Ada Pellegrini Grinover e outros, Juizados Especiais Criminais, São Paulo: RT, 3ª. ed., 1999, p. 176.

[4] CALMON DE PASSOS, José Joaquim, Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal, Revista de Processo, n.º. 102, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, páginas 55 e seguintes.

[5] A propósito, é preciso ler e reler o clássico “A Lide e o Conteúdo do Processo Penal”, de Jacinto Nelson Miranda Coutinho, Curitiba: Juruá, 1998.

[6] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/nulidade-prejuizo-processo-penal-instrumentalidade-direito-material>. Acesso em 07 de outubro de 2019.