RECURSO ESPECIAL Nº 1.802.101 - MG (2019/0069342-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE	:	RAULEXANDRO AUGUSTO VIEIRA ROSA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por RAULEXANDRO AUGUSTO VIEIRA ROSA com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - ACUSAÇÃO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PRELIMINAR SUSCITADA EX OFFICIO - INTERROGATÓRIO DO RÉU - ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - NULIDADE ABSOLUTA - ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - Diante da orientação firmada pelo c. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC nº. 127.900/AM, no sentido de que o rito processual para o interrogatório previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, é mister o reconhecimento da nulidade do feito, a partir da audiência de instrução e julgamento, já que o interrogatório do réu foi o primeiro ato a ser praticado durante tal audiência, ocorrida em 14/12/2016, portanto, em data posterior à publicação da ata do referido julgado do STF (11/03/2016).* (e-STJ fl. 181)

Aponta a defesa a violação dos arts. 563, 564, 565 e 566 do Código de Processo Penal, insurgindo-se, em síntese, contra a decisão do TJMG que anulou de ofício a sentença condenatória por inversão da ordem de interrogatório do réu, sem que tal nulidade tenha sido arguida no recuso da acusação.

Sustenta que a anulação a anulação procedida é objetivamente prejudicial ao recorrente, vez que poderá ensejar a condenação do mesmo por

crime de tráfico de drogas, seja na nova sentença condenatória a ser proferida, seja em eventual acórdão, havendo recurso contra a aludida sentença, destacando-se que o recorrido, no caso a acusação, não arguiu tal nulidade. (e-STJ fl. 236)

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 242/244), o recurso foi admitido (e-STJ fls. 246/248), manifestando-se o Ministério Público Federal, nesta instância, pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 259/262).

É o relatório. Decido.

Os elementos existentes nos autos informam que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais de ofício, anulou a ação penal a partir da audiência de instrução e julgamento (termo de f. 87), inclusive, determinando, conforme o disposto no art. 400 do Código de Processo Penal, que o interrogatório do réu seja o último ato da instrução.

A defesa alega que a anulação procedida é objetivamente prejudicial ao recorrente, vez que poderá ensejar a condenação do mesmo por crime de tráfico de drogas, seja na nova sentença condenatória a ser proferida, seja em eventual acórdão, havendo recurso contra a aludida sentença, destacando-se que o recorrido, no caso a acusação, não arguiu tal nulidade.

De fato, este Tribunal Superior, acompanhando o entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento do habeas corpus n. 127.900/AM, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, firmou compreensão no sentido de que "o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, porquanto a Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CP, prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em lei especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado" (HC n. 390.707/SC, Sexta Turma, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe de 24/11/2017).

Os efeitos da decisão foram modulados, para se aplicar a nova

compreensão somente aos processos cuja instrução criminal não tenha se encerrado até a publicação da ata do julgamento do HC n. 127.900/AM (11/3/2016), sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Ocorre que *in casu*, nem a defesa e nem a acusação se insurgiu contra o fato do réu ter sido interrogado no início da audiência.

Assim se mostra inviável o acolhimento, de ofício, de nulidade em desfavor do réu. Nessa linha:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL ADSTRITO AO ARTIGO 593, III, d, DO CPP. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, EM SEGUNDO GRAU, DE NULIDADE NÃO ARGUIDA NO APELO MINISTERIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 160/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*
>
> *2. "É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício" (Súmula n. 160/STF).*
>
> *3. In casu, o recurso de apelação do Ministério Público fundou-se exclusivamente em suposta contrariedade ao artigo 593, III, d, do Código de Processo Penal, sendo que o Tribunal de origem, após entender que não havia julgamento manifestamente contrário às provas dos autos, procedeu, de ofício, à anulação da decisão proferida pelos Jurados por entender que, em relação a uma das vítimas, havia vícios na formulação dos quesitos, tese esta não arguida no recurso ministerial. Assim sendo,* ***tendo o Tribunal a quo, de ofício, reconhecido nulidade não arguida no recurso de apelação ministerial, de rigor sua anulação****.*
>
> *4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício*

> *para anular o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios na Apelação Criminal n. 20110310333649, com o consequente restabelecimento da sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri de Ceilândia/DF nos autos da Ação Penal n. 2011.03.1.033364-9.* (HC 417.359/DF, desta Relatoria, DJe 23/10/2017 - grifo nosso)

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso V, alínea "a", do CPC, no art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, e na Súmula n. 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para afastar a nulidade reconhecida *ex officio* pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator