

# Superior Tribunal de Justiça

## HABEAS CORPUS Nº 518.613 - SP (2019/0187537-1)

**RELATOR** : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA  
**IMPETRANTE** : ALEXANDRE BARBOSA VENEZIANI  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ALEXANDRE BARBOSA VENEZIANI (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em causa própria por ALEXANDRE BARBOSA VENEZIANI apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o impetrante/paciente foi condenado, em primeiro grau, pelos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo, à pena total de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime fechado.

No presente *writ*, sustenta a ocorrência de nulidade processual, uma vez que não foi respeitado o art. 400 do Código de Processo Penal, sendo o paciente ouvido no início da instrução criminal.

Requer, ao final, seja declarada a nulidade da ação penal, com expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 37/95) e colhida a manifestação da Defensoria Pública estadual (e-STJ fls. 104/106), opinou o Ministério Público Federal "pela concessão da ordem, para determinar a reabertura da instrução somente para realização de novo interrogatório, reaproveitando-se os demais atos instrutórios, a fim de que o interrogatório do paciente seja o último ato da instrução, em observância ao art. 400 do CPP" (e-STJ fls. 109/113).

É o relatório. Decido.

# *Superior Tribunal de Justiça*

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente ação constitucional, a nulidade do processo, pois o interrogatório judicial foi realizado no início da instrução criminal.

No caso, o interrogatório foi realizado no ano de **2017**, ou seja, em desrespeito ao que ficou decidido no HC n. 127.900/STF (**ata de julgamento publicada em 11/3/2016**).

Não obstante, esta Corte Superior vem decidindo que o vício deve ser alegado na primeira oportunidade, bem como exige-se a demonstração efetiva do prejuízo sofrido pelo réu (art. 563 do CPP). Veja-se:

*PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS  
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO  
CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE.  
INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO  
ATO DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO  
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADOÇÃO DO RITO*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. MATÉRIA JULGADA PELO STF. HC N. 127.900/AM. INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/3/2016. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO EM AUDIÊNCIA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*

*II - Esta Corte Superior de Justiça, 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 390.707/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 24/11/2017).*

*III - 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.*

*IV - In casu, embora a audiência de instrução tenha ocorrido em 27/07/2016, e, na ocasião, o acusado tenha sido interrogado antes da oitiva das testemunhas, é necessário, a fim de que se reconheça a nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, que a impugnação tenha sido tempestiva, ou seja, na própria audiência em que o ato foi realizado, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão, o que não ocorreu no caso concreto. Precedentes.*

*V - Da leitura da ata da audiência (fl. 15), verifica-se o ora paciente estava acompanhado de seu advogado, que em momento algum questionou o fato de seu cliente ser interrogado*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*no início da assentada, tampouco há qualquer irresignação neste sentido nas alegações finais.*

*VI - A jurisprudência desta Corte de Justiça há muito se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado n. 523 da Súmula do STF, o que não ocorreu na hipótese.*

*Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 401.472/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)*

***HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.***

*1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.*

*2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.*

***TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AO RITO PREVISTO NA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PELO PRETÓRIO EXCELSO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL CONCLUÍDA DEPOIS DA MUDANÇA JURISPRUDENCIAL. MÁCULA NÃO ARGUIDA PELA DEFESA EM AUDIÊNCIA. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE COM A QUAL CONCORREU A PARTE. ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS SUPORTADOS PELO RÉU. EIVA NÃO CONFIGURADA.***

*1. Esta Corte Superior de Justiça possuía entendimento pacífico no sentido de que se a Lei 11.343/2006 determina que o interrogatório do acusado será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, deve ser aplicada a legislação específica, pois as regras do rito comum ordinário só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas.*

*2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*HC 127.900/AM, firmou a compreensão de que o artigo 400 da Lei Penal Adjetiva deve ser observado nos procedimentos especiais, tese que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deve ser aplicada às instruções processuais não encerradas a partir da data de publicação da ata de julgamento.*

*3. Embora tal decisão seja desprovida de caráter vinculante, é certo que se trata de posicionamento adotado pela maioria dos integrantes da Suprema Corte, órgão que detém a atribuição de guardar a Constituição Federal e, portanto, dizer em última instância quais situações são conformes ou não com as disposições colocadas na Carta Magna, razão pela qual passou a ser seguido por este Sodalício.*

*4. Embora a instrução tenha ocorrido após a publicação da ata do julgamento realizado pelo Pretório Excelso, o caso dos autos possui peculiaridades que impedem o reconhecimento da eiva suscitada.*

*5. De acordo com o artigo 565 do Código de Processo Penal, "nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse".*

*6. No caso dos autos, da leitura da ata da audiência verifica-se o réu estava acompanhado de seu advogado, que em momento algum contestou ou questionou o fato de seu cliente haver sido ouvido no início da assentada, não podendo, depois de concluída a fase instrutória, requerer a anulação do ato, uma vez que o ordenamento jurídico repudia a adoção de comportamentos contraditórios em sede processual. Precedente.*

*7. Em momento algum, o impetrante logrou comprovar em que medida o paciente teria sido prejudicado com o fato de haver sido interrogado antes da colheita dos depoimentos das testemunhas de acusação e defesa, circunstância que reforça a impossibilidade de reconhecimento mácula aventada, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, que prescreve que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".*

*8. Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 437.039/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 13/04/2018)*

**PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PRETÓRIO EXCELSO NO BOJO DO HC 127.900/AM. ACUSADOS INTERROGADOS NO INÍCIO DA**

# *Superior Tribunal de Justiça*

*INSTRUÇÃO. SITUAÇÃO QUE NÃO APONTA PARA A EXISTÊNCIA DE NULIDADE. ATO PRATICADO COM AUXÍLIO DA DEFESA E SEM A CONTESTAÇÃO DESTA. RAZOABILIDADE. PRINCÍPIOS DO PREJUÍZO E DO INTERESSE. LÓGICA DO SISTEMA DE NULIDADES.*

*1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, deu nova conformidade à norma contida no art. 400 do CPP (com redação dada pela Lei n. 11.719/08), à luz do sistema constitucional acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa. O interrogatório passa a ser sempre o último ato da instrução, mesmo nos procedimentos regidos por lei especial, caindo por terra a solução de antinomias com arrimo no princípio da especialidade. Ressalvou-se, contudo, a incidência da nova compreensão aos processos nos quais a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata daquele julgamento (11.03.2016). 2. Embora o entendimento da Suprema Corte deva prevalecer desde o dia 11/3/2016, é preciso ter em conta que a razoabilidade do sistema de anulação dos atos processuais previsto no Código de Processo Penal torna evidente não ser possível a interrupção e o retrocesso da "marcha processual" quando se observa, no nascedouro do vício, a participação direta do sujeito processual a quem aproveitaria a nulidade, assim como, a lógica do mesmo sistema impõe examinar, antes de mais nada, a existência de prejuízo que pudesse ser repostado com o refazimento da fase processual.*

*3. No caso dos autos, aplicando-se os princípios do prejuízo e do interesse, verifica-se que a nulidade não existiu, a uma porque a própria defesa participou diretamente da realização do interrogatório em primeiro lugar, dele não se insurgindo e, inclusive, aceitando expressamente a oitiva das testemunhas sem a presença do réu, e, a duas porque as declarações do paciente foram no sentido de negar a acusação, circunstância evidentemente importante para compreender a pretensão de nulidade como um resultado em si mesmo e não como um benefício concreto ao processo justo.*

*Habeas corpus denegado.*

*(HC 428.034/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018)*

No caso, embora a defesa tenha apontado a ocorrência de afronta às garantias do contraditório e da ampla defesa, deixou de alegar o vício na primeira oportunidade, bem como não apontou concretamente o dano

# *Superior Tribunal de Justiça*

causado em razão da manutenção do interrogatório como primeiro ato da instrução, o que impede o reconhecimento da nulidade, a teor do princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP).

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus* (art. 34, XX, do RISTJ).

Intime-se.

Brasília, 07 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator

