HABEAS CORPUS Nº 526.471 - BA (2019/0236874-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	ANDRE LUIS DO NASCIMENTO LOPES E OUTROS
ADVOGADOS	:	ANDRÉIA LUCIARA ALVES DA SILVA LOPES - BA014755
		ANDRÉ LUÍS DO NASCIMENTO LOPES - BA034498
		RAFAEL SMITH FREIRE LIMA - BA041629
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE	:	ANANIAS CONCEICAO BARBOSA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANANIAS CONCEICAO BARBOSA, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA, assim ementado (fl. 50):

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL. INCABÍVEL REAVALIAÇÃO FÁTICO- JURÍDICA E INOVAÇÃO NOS DECLARATÓRIOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA NO RECURSO DE QUAISQUER DAS HIPÓTESES DISPOSTAS NO ART. 619 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AFERÍVEL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO ACOLHIDOS.
>
> De acordo com o art. 563 do CPP, somente se proclama a nulidade de um ato quando há efetiva demonstração de prejuízo. Alegações genéricas e desprovidas de concreto substrato não detêm o condão de invalidar atos processuais, quando ausentes naquelas firme indicação do real dano experimentado.
>
> Resta inviável relegar aos Declaratórios função de novel apelo. O fato do Colegiado ter decidido, após a apreciação dos autos pela Relatora, por tese contrária ao Recorrente, não representa, por si só, quaisquer das hipóteses do art. 619 do CPP, cabendo à parte Embargante demonstrar concreta subsunção da casuística à norma processual.
>
> Embargos de Declaração não acolhidos.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 14 da Lei 6.368/76, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 150 dias-multa.

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de origem deu-lhe parcial provimento para reduzir a pena a 4 anos e 9 meses de reclusão e ao pagamento de 127 dias-multa, fixando-se o regime aberto para cumprimento inicial da pena corporal, revogando a prisão preventiva decretada.

Opostos embargos de declaração para o enfrentamento da tese da inversão do interrogatório do réu, restaram rejeitados.

Daí o presente *writ*, em que os impetrantes sustentam, em síntese, a

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 94A7E8C0-EEFF-440E-AFC4-4E8F929FB99F

nulidade processual, uma vez que o interrogatório do paciente se deu antes dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, sendo que, nos moldes do art. 400 do CPP, o interrogatório do réu deve ser o último ato da instrução em todos os processos criminais (fl. 5-6).

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para anular a instrução criminal, devendo a mesma ser refeita nos moldes do art. 400 do CPP.

A liminar foi indeferida (fls. 64-65).

As informações foram prestadas (fls. 74-103)

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo não conhecimento da ordem, caso conhecida, pela denegação.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, busca a defesa a nulidade da instrução criminal, pela inversão do interrogatório do paciente, devendo a mesma ser refeita nos moldes do art. 400 do CPP.

Quanto ao alegado consta do acórdão (fl. 54):

> [...] não é possível relegar aos Embargos Declaratórios função de novel apelo. In casu, expresso que a suposta nulidade arguida pelo Réu sequer foi ventilada na instrução processual e apelo interposto, inexistindo nos autos inequívoca demonstração do suposto prejuízo sofrido pela parte e/ou ofensa às garantias do contraditório e ampla defesa (fls. 817/819, 831/833, 872, 924/924, 940 e 1060/1077). Evidente, que **o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n.º 127900/AM, paradigma da matéria em comento, definiu que o art. 400 do Código de Processo Penal aplica-se, a partir da publicação da ata de julgamento do citado julgado, a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo naquelas ações cuja a instrução não tenha se encerrado até 11/03/2016 (data de publicação da ata de julgamento)**.
> Frise-se, todavia, que, conforme hodierno posicionamento dos Tribunais Superiores, a supracitada orientação deve ser avaliada à luz do efetivo e demonstrado prejuízo sofrido pela parte, não detendo alegações genéricas e desprovidas de concreto substrato o condão de invalidar atos processuais, quando ausentes naquelas firme indicação do real dano experimentado - art. 563, do CPP (pas de nullite sans grief), bem como oportuna alegação. [...]

Verifica-se do supramencionado *decisum* fundamentação destoante ao deste STJ, no qual se registra o posicionamento de que a aventada nulidade *deve ser avaliada à luz do efetivo e demonstrado prejuízo sofrido pela parte, não detendo alegações genéricas e desprovidas de concreto substrato o condão de invalidar atos processuais, quando ausentes naquelas firme indicação do real dano experimentado - art. 563, do CPP (pas de nullite sans grief), bem como oportuna alegação.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 94A7E8C0-EEFF-440E-AFC4-4E8F929FB99F

Com efeito, a Lei 11.343/06 prevê, no art. 57, *caput*, ordem distinta da prevista na lei processual (art. 400 do CPP), sendo o interrogatório do(a) acusado(a) o primeiro ato da instrução processual.

Assim, prevalecia, nesta Corte, o entendimento no sentido de ser incabível, na hipótese de crime de tráfico de drogas, a realização do interrogatório na forma do procedimento comum ordinário, visto a existência de regras específicas para o exercício do direito de defesa, em lei especial, obstando, consequentemente, a combinação de leis processuais por força do art. 394, § 2º do CPP. Nesse sentido, eram os seguintes precedentes: RHC 69.458/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 04/05/2016; AgInt no HC 347.723/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 17/06/2016 e HC 300.008/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015.

O Supremo Tribunal Federal firmou, contudo, nova orientação quanto à questão, no julgamento do HC 127.900/AM, 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. Eis a ementa do julgado:

> EMENTA Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. **Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum 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.** 1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 94A7E8C0-EEFF-440E-AFC4-4E8F929FB99F

> substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). 2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa. **3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302). 4. 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). 5. 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.** 6. **De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14**. 7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: 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. (HC 127900, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 02-08-2016 PUBLIC 03-08-2016).

Ressalte-se, contudo, que houve modulação dos efeitos desta decisão, no sentido de que o novo posicionamento somente deve ser aplicado quando a instrução não tenha se findado até a publicação da ata daquele julgamento (11/3/2016), com o intuito de assegurar a segurança jurídica.

Dessarte, apesar do entendimento diverso exarado pelo Órgão julgador *a quo* verifica-se das informações prestadas que a instrução criminal foi encerrada em 7/1/2014 (fl. 116), portanto não abarcado pelo julgado do Supremo Tribunal Federal, conforme seus efeitos modulatórios.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimem-se.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 94A7E8C0-EEFF-440E-AFC4-4E8F929FB99F

Brasília, 05 de dezembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 94A7E8C0-EEFF-440E-AFC4-4E8F929FB99F