

**HABEAS CORPUS 162.650 SÃO PAULO**

**RELATOR** : MIN. CELSO DE MELLO  
**PACTE.(S)** : PATRICK MARINHOS DA SILVA  
**IMPTE.(S)** : FABIO ROGERIO DONADON COSTA  
**COATOR(A/S)(ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMENTA:** **Interrogatório judicial. Natureza jurídica (*meio de defesa*). Ato que confere essência à garantia do contraditório. Efetivação do interrogatório *como último ato da instrução processual penal* (CPP, art. 400). Aplicabilidade dessa regra legal aos procedimentos penais em geral, inclusive àqueles disciplinados por legislação especial, *como a Lei de Drogas*. Inversão do momento de realização do interrogatório judicial, efetuado *logo no início* do processo penal de conhecimento. Inadmissibilidade. Nulidade processual absoluta. Prejuízo presumido. Função jurídica das formas processuais. Meio de preservação do “*status libertatis*” do acusado. O processo penal *como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu*. Nulidade processual reconhecida no caso. “*Habeas corpus*” **deferido**.**

– **Em sede** de persecução penal, **o interrogatório judicial** – *notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003* – **qualifica-se como ato de defesa do réu**, que, **além de não ser obrigado** a responder **a qualquer** indagação feita pelo magistrado

HC 162650 / SP

processante, **também não pode sofrer** qualquer restrição em sua esfera jurídica **em virtude** do exercício, **sempre legítimo**, dessa especial prerrogativa. A norma **inscrita** no art. 400 do CPP – **que define** o interrogatório judicial do réu **como o último ato** da instrução processual penal – **aplica-se aos procedimentos penais em geral, inclusive** àqueles disciplinados por legislação especial (**como, p. ex., a Lei de Drogas**). **Doutrina. Precedentes.**

– A **estrita observância das formas processuais** – **que exprimem, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda** da liberdade individual – **representa, no contexto do ordenamento positivo brasileiro, a certeza de respeito** aos direitos, prerrogativas e garantias que o sistema normativo **confere a qualquer pessoa** sob persecução criminal.

– A **submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado** **coloca em evidência a relação de polaridade conflitante** que se estabelece **entre** a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo da intangibilidade do “*jus libertatis*” **titularizado** pelo réu.

– O **processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado**. Ele representa, **antes**, um poderoso meio de

HC 162650 / SP

contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos **incumbidos** da persecução penal. **Ao delinear um círculo de proteção em torno** da pessoa do réu – *que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorável sentença condenatória* –, o processo penal **revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e** que, *condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe* ao órgão acusador **o ônus integral** da prova **quanto ao fato constitutivo do pedido, ao mesmo tempo** em que faculta ao acusado, *que jamais necessita demonstrar a sua inocência*, o direito de defender-se e de questionar, *criticamente, sob a égide* do contraditório, **todos os elementos probatórios** produzidos pelo Ministério Público.

– O processo penal **constitui instrumento de salvaguarda e de preservação da liberdade jurídica daquele contra quem se instaurou** a persecução criminal, **cuja prática somente se legitima** – **considerado** o princípio da liberdade – **dentro de um círculo intransponível e predeterminado que delimita** os poderes do Estado e **que traduz emanação direta** do próprio texto da Constituição da República. **Doutrina. Precedentes.**

HC 162650 / SP

**DECISÃO:** Trata-se de “*habeas corpus*” impetrado contra decisão que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, encontra-se consubstanciada em acórdão assim ementado:

**“HABEAS CORPUS’ SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INCABÍVEL. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO REALIZADO COMO ATO INAUGURAL DA INSTRUÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE AFASTADA. ‘HABEAS CORPUS’ NÃO CONHECIDO. SEM EFEITO AS LIMINARES DEFERIDAS.**

1. O ‘*habeas corpus*’ não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. ‘Admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa, e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça’ (HC 117.952/PB, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 27/05/2010, DJe 28/06/2010).

3. No presente caso, na audiência de instrução realizada em 8/11/2016, a defesa deixou de suscitar, logo após o interrogatório do réu, o eventual prejuízo advindo da inversão do interrogatório. E em que pese ter arguido a preliminar em memoriais escritos, não explicitou, de maneira concreta, de que forma a referida inversão influenciaria no resultado da condenação. Precedentes.

4. A propósito, ‘no julgamento do HC 127.900/AM, o Tribunal Pleno decidiu 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’. A ata do referido julgamento foi

HC 162650 / SP

*publicada em 11.03.2016'. Todavia, o referido precedente do Plenário do STF deve ser compreendido à luz do art. 563 do CPP, que prescreve que 'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'. Vale dizer, a inobservância do rito fixado pela Corte não acarreta automática invalidade do processo, incumbindo, sob a ótica da instrumentalidade das formas, a aferição do gravame suportado pelo interessado. Referida análise não se traduz, simplesmente, a partir da condenação. 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, o que não ocorreu no caso. [...]'* (STF, HC 155.087/MG, Rel. Min. Edson Fachin, Dje 01/08/2018).

*5. 'Habeas corpus' não conhecido. Sem efeito as liminares deferidas."*

(HC 437.037/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA – grifei)

**Sustenta-se**, em síntese, na presente impetração, que a instrução probatória **não observou** a ordem ritual estabelecida pelo art. 400 do CPP (**na redação dada** pela Lei nº 11.719/2008), **o que teria causado prejuízo** para a Defesa.

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, **opinou contrariamente** à pretensão deduzida nesta ação de "habeas corpus".

**Sendo esse o contexto, passo a examinar** o pleito em causa. **E, ao fazê-lo, entendo assistir razão** à parte ora impetrante.

**Cabe registrar, desde logo, em face da pretendida aplicação** do art. 400 do Código de Processo Penal **no âmbito do procedimento especial** regido pela Lei nº 11.343/2006, **que o Plenário** do Supremo

HC 162650 / SP

Tribunal Federal, **apreciando o HC 127.900/AM**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, **fixou orientação** sobre a controvérsia ora em análise, **proferindo decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:**

**“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 da 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 à 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.**

.....  
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 aos 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

HC 162650 / SP

(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." (grifei)

Como tive oportunidade de assentar em referido julgamento, não se ignora que, na aplicação das regras que compõem o ordenamento positivo, podem registrar-se situações de conflito normativo, reveladoras da existência de antinomia em sentido próprio, eminentemente solúvel, porque superável mediante utilização, em cada caso ocorrente, de determinados fatores, tais como o critério hierárquico ("lex superior derogat legi inferiori"), o critério cronológico ("lex posterior derogat legi priori") e o critério da especialidade ("lex specialis derogat legi generali"), que têm a virtude de viabilizar a preservação da essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

No caso ora em exame, a utilização do critério da especialidade representaria a solução ortodoxa destinada a resolver a antinomia de primeiro grau registrada no contexto em julgamento, pois se acham em (aparente) conflito regras legais, de caráter procedimental, inscritas no Código de Processo Penal ("lex generalis") e na Lei nº 11.343/2006 ("lex specialis").

HC 162650 / SP

Essa concepção ortodoxa, que faz incidir, em situação de antinomia aparente, o critério da especialidade, **tem prevalecido**, ordinariamente, no entendimento doutrinário, **como resulta** da lição de eminentes autores (HUGO DE BRITO MACHADO, “Introdução ao Estudo do Direito”, p. 164/166 e 168, itens ns. 1.2, 1.3 e 1.6, 2ª ed., 2004, Atlas; MARIA HELENA DINIZ, “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada”, p. 67/69, item n. 4, e p. 72/75, item n. 7, 1994, Saraiva; ROBERTO CARLOS BATISTA, “Antinomias Jurídicas e Critérios de Resolução”, “in” Revista de Doutrina e Jurisprudência-TJDF/T, vol. 58/25-38, 32-34, 1998; RAFAEL MARINANGELO, “Critérios para Solução de Antinomias do Ordenamento Jurídico”, “in” Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 15/216-240, 232/233, 2005, RT, v.g.), **valendo referir**, entre elas, **o magistério**, sempre lúcido e autorizado, de NORBERTO BOBBIO (“Teoria do Ordenamento Jurídico”, p. 91/92 e 95/97, item n. 5, trad. Cláudio de Cicco/Maria Celeste C. J. Santos, 1989, Polis/Editora UnB), **para quem**, ocorrendo situação de conflito entre normas (aparentemente) incompatíveis, **deve prevalecer**, por efeito do critério da especialidade, o diploma estatal “que subtrai de uma norma uma parte de sua matéria, para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória)...” (grifei).

Ocorre, no entanto, segundo entendo, **que se mostra aplicável**, no caso, **um outro critério**, que não o da especialidade, **fundado** em opção hermenêutica **que se legitima** em razão de mostrar-se mais compatível com os postulados **que informam o estatuto constitucional do direito de defesa**, **conferindo-lhe** substância, **na medida em que a nova ordem ritual definida** no art. 400 do CPP, **na redação** dada pela Lei nº 11.719/2008, **revela-se evidentemente mais favorável** que a disciplina procedimental **resultante da própria** Lei nº 11.343/2006.

**Sabemos** que a reforma processual penal **estabelecida** por legislação editada em 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

HC 162650 / SP

defesa e ao efetivo respeito, pelo Estado, da prerrogativa ineliminável do contraditório.

Esta Suprema Corte, bem por isso, **tendo presentes as inovações produzidas** pelos diplomas legislativos **que introduziram expressivas reformas** em sede processual penal (como a **Lei** nº 11.719/2008), **veio a adequar, mediante construção jurisprudencial, a própria Lei** nº 8.038/90, **fazendo incidir, nos processos penais originários, a regra** que, fundada na já mencionada Lei nº 11.719/2008 (**CPP**, art. 400), **definiu** o interrogatório **como o último ato** da fase de instrução probatória, **por entender** que se tratava de medida **evidentemente mais favorável** ao réu:

**“PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

**I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal.**

**II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou.**

**III – Interpretação sistemática e teleológica do direito.**

**IV – Agravo regimental a que se nega provimento.”**

**(AP 528-AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)**

**É sempre importante rememorar, presente o contexto em análise, que a exigência de fiel observância das formas processuais estabelecidas em lei, notadamente quando instituídas em favor do acusado, representa, no âmbito das persecuções penais, uma inestimável garantia de liberdade, pois não se pode desconhecer, considerada a própria jurisprudência desta**

HC 162650 / SP

Suprema Corte, **que o processo penal configura expressivo instrumento constitucional de salvaguarda** das liberdades individuais do réu, **contra quem não se presume provada qualquer acusação penal:**

*“**A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante** que se estabelece **entre** a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘**jus libertatis**’ titularizado pelo réu.*

*A **persecução penal** rege-se, enquanto atividade estatal **juridicamente vinculada**, por padrões normativos que, **consagrados** pela Constituição e pelas leis, **traduzem limitações significativas** ao poder do Estado. **Por isso mesmo**, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.*

*O **processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado**. Ele representa, **antes**, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. **Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –**, o processo penal revela-se instrumento **que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência**, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, **sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios** produzidos pelo Ministério Público.*

*A **própria exigência** de processo judicial **representa poderoso fator de inibição** do arbítrio estatal e de **restrição** ao poder de coerção do Estado. A cláusula ‘**nulla poena sine iudicio**’ exprime, **no plano** do processo penal condenatório, **a fórmula de salvaguarda** da liberdade individual.”*

(**RTJ 161/264-266**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Isso significa, portanto, que a estrita observância da forma processual representa garantia plena de liberdade e de respeito aos direitos e prerrogativas**

HC 162650 / SP

que o ordenamento positivo **confere a qualquer** pessoa sob persecução penal.

**Cabe destacar**, bem por isso, **no contexto** ora em exame, **ante a magnitude constitucional** de que se reveste, **a natureza jurídica do interrogatório**, *notadamente do interrogatório judicial*, **que representa meio viabilizador** do exercício das prerrogativas constitucionais *da plenitude de defesa e do contraditório*, **como tem enfatizado** o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

**“O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU**

– ***Em sede*** de persecução penal, ***o interrogatório judicial – notadamente*** após o advento da Lei nº 10.792/2003 – ***qualifica-se como ato de defesa*** do réu, que, ***além de não ser obrigado*** a responder ***a qualquer*** indagação feita pelo magistrado processante, ***também não pode sofrer*** qualquer restrição em sua esfera jurídica ***em virtude*** do exercício, ***sempre legítimo***, dessa especial prerrogativa. ***Doutrina. Precedentes.***”

(HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**É por isso** que LUIGI FERRAJOLI (“Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal”, p. 486, item n. 2, **traduzido** por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2002, RT), **enfatizando o alto significado jurídico do interrogatório** como expressão instrumental do próprio direito de defesa do acusado, **põe em destaque** o aspecto ora mencionado, **assinalando, com inteira procedência, que**, “(...) 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.** ‘Nemo tenetur se detegere’ é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: (...) o ‘direito ao silêncio’ (...), o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no

HC 162650 / SP

*interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais” (grifei).*

**Ninguém ignora a importância** de que se reveste, **em sede** de persecução penal, **o interrogatório judicial**, cuja natureza jurídica permite qualificá-lo, **notadamente após o advento** da Lei nº 10.792/2003, **como ato de defesa** (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “O Interrogatório como Meio de Defesa (Lei 10.792/2003)”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 53/185-200; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 387, item n. 3, 6ª ed., 2007, RT; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 174, 21ª ed., 2004, Saraiva; DIRCEU A. D. CINTRA JR., “Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisdicional”, coordenação: ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, p. 1.821, 2ª ed., 2004, RT; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Processo Penal”, vol. 3/269-273, item n. 1, 28ª ed., 2006, Saraiva, v.g.), **ainda que passível** de ser ele considerado, *mesmo que em perspectiva secundária*, **como fonte de prova**, em face **dos elementos de informação** que dele emergem.

As razões que venho de expor **evidenciam a ocorrência**, *na espécie*, **de clara nulidade processual absoluta, resultante da inversão do momento** em que realizado o interrogatório judicial, **pois**, *no caso ora em exame*, esse **essencial** ato de defesa – que **deveria** ter sido realizado **como ato derradeiro** da instrução probatória – **foi praticado, prematuramente, logo no início** do processo penal de conhecimento, **privando** o réu da possibilidade de conhecer “*ex ante*” **todos** os elementos *eventualmente incriminadores* contra ele produzidos em juízo, **tais como** provas documentais, exames periciais, declarações da vítima e depoimentos testemunhais.

**Não fora essa anômala e indevida inversão, claramente vulneradora** do postulado do “*due process of law*” (**HC 176.332/SP**, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES), **o réu teria tido o ensejo** de estruturar, **plena e adequadamente**, a sua autodefesa, **que traduz** projeção concretizadora da cláusula constitucional da “*ampla defesa*” (**CF**, art. 5º, inciso LV).

HC 162650 / SP

Tenho para mim 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*”.

**Vale registrar** que 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:

**“TESTEMUNHAS – DEFESA E ACUSAÇÃO – INVERSÃO.**  
*Se de um lado é certo que as testemunhas da acusação devem ser ouvidas antes das da defesa, de outro não menos correto é que a nulidade decorrente da inobservância desta ordem pressupõe prejuízo. (...).”*

(**HC 75.345/MS**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

**“PARLAMENTAR. Perda de mandato. Processo de cassação. Quebra de decoro parlamentar. Inversão da ordem das provas. Reinquirição de testemunha de acusação ouvida após as da defesa. Indeferimento pelo Conselho de Ética. Inadmissibilidade. Prejuízo presumido. Nulidade conseqüente. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Vulneração do justo processo da lei (‘due process of law’). Ofensa aos arts. 5º, incs. LIV e LV, e 55, § 2º, da CF. Liminar concedida em parte, pelo voto intermediário, para suprimir do Relatório da Comissão o inteiro teor do depoimento e das referências que lhe faça. Votos vencidos. Em processo parlamentar de perda de mandato, não se admite aproveitamento de prova acusatória produzida após as provas de defesa, sem oportunidade de contradição real.”**

(**MS 25.647-MC/DF**, Red. p/ o acórdão Min. CEZAR PELUSO, **Pleno** – grifei)

HC 162650 / SP

*“Julgamento de apelações criminais. Inversão na ordem das sustentações orais, das quais a da acusação sucedeu à da defesa. Inobservância dos princípios constitucionais de ampla defesa e contrariedade no processo penal. Nulidade reconhecida. Recurso extraordinário conhecido e provido.”*

(RE 91.661/MG, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE – grifei)

*A necessidade de outorgar-se, em nosso sistema jurídico, proteção judicial efetiva à cláusula do “*due process of law*” qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.*

*De outro lado, mostra-se relevante ter sempre presente a antiga advertência, que ainda guarda permanente atualidade, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, ilustre Professor das Arcadas e eminente Juiz deste Supremo Tribunal Federal (“*O Processo Criminal Brasileiro*”, vol. I/10-14 e 212-222, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos), no sentido de que a persecução penal, que se rege por estritos padrões normativos, traduz atividade necessariamente subordinada a limitações de ordem jurídica, tanto de natureza legal quanto de ordem constitucional, que restringem o poder do Estado, a significar, desse modo, tal como enfatiza aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu.*

*É por essa razão que o processo penal condenatório não constitui nem pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Não exagero ao ressaltar a decisiva importância do processo penal no contexto das liberdades públicas, pois – insista-se – o Estado, ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal um*

HC 162650 / SP

instrumento **destinado a inibir** a opressão judicial **e a neutralizar** o abuso de poder **perpetrado** por agentes e autoridades estatais.

**Daí a corretíssima observação** do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), **no sentido** de que o processo penal **há de ser analisado** em sua precípua condição de “*instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral*”, **tal como entende, também em autorizado magistério**, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (“**Instituições de Processo Penal**”, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), **cuja lição bem destaca a função tutelar do processo penal**:

*“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.” (grifei)*

**Essa mesma percepção** a propósito da **vocação protetiva do processo penal**, **considerado** o regime constitucional das liberdades fundamentais **que vigora em nosso País, é também perfilhada** por **autorizadíssimo** (e contemporâneo) magistério doutrinário, **que ressalta** a significativa importância do processo judicial **como “garantia dos acusados”** (VICENTE GRECO FILHO, “**Manual de Processo Penal**”, p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “**Processo Penal**”, p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, “**Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e Efetividade**”, p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “**Garantias Processuais nos Recursos Criminais**”, 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO, “**Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**”, p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT, “**Manual de Processo Penal**”, p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “**Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**”, p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, v.g.).

HC 162650 / SP

**Essa é a razão básica que me permite insistir** na afirmação de que **a persecução penal** – cuja instauração **é justificada** pela prática de ato *supostamente* criminoso – **não se projeta nem se exterioriza** como *manifestação de absolutismo estatal*. **De exercício indeclinável**, a “*persecutio criminis*” **sofre** os condicionamentos **que lhe impõe** o ordenamento jurídico. **A tutela da liberdade**, nesse contexto, **representa insuperável** limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, **mesmo porque** – **ninguém o ignora** – o processo penal **qualifica-se** como instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais daquele **que é submetido**, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal **cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições** fixadas pela própria Constituição da República, **tal como tem entendido a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal:

**“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS**

– **A submissão** de uma pessoa à jurisdição penal do Estado **coloca em evidência a relação de polaridade conflitante** que se estabelece **entre** a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘*jus libertatis*’ titularizado pelo réu.

**A persecução penal** rege-se, **enquanto atividade estatal juridicamente vinculada**, por padrões normativos que, **consagrados** pela Constituição e pelas leis, **traduzem limitações significativas** ao poder do Estado. **Por isso mesmo**, o processo penal **só pode ser concebido** – e **assim deve ser visto** – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório **não é um instrumento de arbítrio do Estado**. Ele representa, **antes**, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. **Ao delinear um círculo de proteção** em torno da pessoa do réu – **que jamais se presume culpado**, até que sobrevenha **irrecorrível** sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que **inibe** a opressão judicial e que, **condicionado por parâmetros**

HC 162650 / SP

*ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.*

*A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula 'nulla poena sine iudicio' exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual."*

(HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**É de registrar-se, finalmente, o decisivo papel** que desempenha, no âmbito do processo penal condenatório, **a garantia constitucional do devido processo legal, cuja fiel observância condiciona a legitimidade jurídica** dos atos e resoluções emanados do Estado e, em particular, das decisões de seu Poder Judiciário.

### **Concluindo:**

(a) **em sede** de persecução penal, **o interrogatório judicial – notadamente** após o advento da Lei nº 10.792/2003 – **qualifica-se como ato de defesa** do réu, que, **além de não ser obrigado** a responder **a qualquer** indagação feita pelo magistrado processante, **também não pode sofrer** qualquer restrição em sua esfera jurídica **em virtude** do exercício, **sempre legítimo**, dessa especial prerrogativa. A norma inscrita no art. 400 do CPP – **que define** o interrogatório judicial do réu **como o último ato** da instrução processual penal – **aplica-se aos procedimentos penais em geral, inclusive** àqueles disciplinados por legislação especial (**como, p. ex., a Lei de Drogas**);

(b) **a estrita observância das formas processuais – que exprimem, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda** da liberdade individual – **representa, no contexto do ordenamento positivo brasileiro, a certeza de respeito** aos

HC 162650 / SP

direitos, prerrogativas e garantias que o sistema normativo **confere a qualquer pessoa** sob persecução criminal;

(c) **a submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante** que se estabelece **entre** a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo da intangibilidade do “*jus libertatis*” titularizado pelo réu;

(d) **o processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado**. Ele representa, **antes**, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. **Ao delinear um círculo de proteção em torno** da pessoa do réu – *que jamais se presume culpado até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória* –, o processo penal **revela-se instrumento que inibe** a opressão judicial e que, *condicionado por parâmetros ético-jurídicos*, **impõe** ao órgão acusador o **ônus integral** da prova **quanto ao fato constitutivo do pedido, ao mesmo tempo** em que faculta ao acusado, *que jamais necessita demonstrar a sua inocência*, o direito de defender-se e de questionar, *criticamente*, **sob a égide** do contraditório, **todos os elementos probatórios** produzidos pelo Ministério Público; e

(e) o processo penal **constitui instrumento de salvaguarda e de preservação da liberdade jurídica daquele contra quem se instaurou** a persecução criminal, **cuja prática somente se legitima – considerado** o princípio da liberdade – **dentro de um círculo intransponível e predeterminado que delimita** os poderes do Estado e **que traduz emanção direta** do próprio texto da Constituição da República.

**Sendo assim**, e pelas razões expostas, **concedo** a ordem de “*habeas corpus*”, **para desconstituir** o acórdão **emanado** do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**Apelação** nº 0000083-30.2016.8.26.0592 – 13ª Câmara de Direito Criminal) e, *também*, a sentença **proferida** pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da comarca de Tupã/SP (**Processo** nº 0000083-30.2016.8.26.0592), **invalidando**, ainda, *a audiência de instrução e julgamento*, inclusive, e **determinando**, em consequência,

HC 162650 / SP

que nova audiência de instrução e julgamento seja promovida, com a efetivação do interrogatório judicial do ora paciente como último ato da instrução processual penal (CPP, art. 400), **a que se deverão seguir, regularmente, as sucessivas** fases processuais.

O ora paciente **deverá** ser colocado em liberdade, **se por al não** estiver preso.

**Comunique-se**, com urgência, **transmitindo-se cópia** da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 437.037/SP), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**Apelação** nº 0000083-30.2016.8.26.0592) **e** à Vara Criminal da comarca de Tupã/SP (**Processo** nº 0000083-30.2016.8.26.0592).

**Arquivem-se** estes autos.

Publique-se.

Brasília, 21 de novembro de 2019.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator