

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0004757-72.2005.4.01.3500 (2005.35.00.004780-0)/GO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ (RELATOR):

Cuida-se de recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público Federal, contra a decisão de fls. 452/467 do Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, que declarou a nulidade do processo, a partir do interrogatório dos acusados, nos termos dos artigos 188 e 564, inciso II, alínea “c”, do Código de Processo Penal e do artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Entendeu o magistrado que *“quando há delação, ou chamada de correu, é necessário que o advogado do réu delatado esteja presente, a fim de que possa exercer a ampla defesa, por meio do contraditório. Se o advogado do réu delatado não estiver presente, o juiz deve nomear defensor ad hoc para exercer a sua defesa, sob pena de nulidade”* (fl. 463). Ao final, declarou a nulidade do processo, a partir do interrogatório dos acusados sob o fundamento de que, *“no presente caso, tanto no interrogatório de RUBENS, quanto no interrogatório de MANOEL, seus advogados não estavam presentes, nem foram nomeados defensores ad hoc para proceder à defesa respectiva”* (fl. 464).

Em seu recurso, o Ministério Público Federal requer a reforma da decisão recorrida, para que seja validado o interrogatório dos réus de fls. 236/238 e 277/279 ou, alternativamente, caso seja confirmada a decisão recorrida, que seja reconhecida a nulidade dos atos processuais a partir da inquirição da testemunha Davy Lima Oliveira e não a partir dos interrogatórios dos réus.

Afirma, em síntese, que *“o Ministério Público Federal não se valeu, em sede de alegações finais, das declarações dos imputados em juízo. Isso porque há outros elementos probatórios nos autos que levam a concluir pela condenação dos denunciados”* (fl. 478). Concluiu afirmando que *“as declarações prestadas em juízo, por não serem aptas a influírem na análise do caso, não podem ser consideradas nulas em razão da ausência de reperguntas dos advogados dos delatados, mormente quando, restou claro, não houve qualquer prejuízo a quaisquer das partes”* (fl. 478).

Mantida a decisão (fl. 500).

A PRR/1ª Região opinou pelo não provimento do recurso (fls. 507/511).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ (RELATOR):

A decisão recorrida, está vazada nos seguintes termos:

“4. Nulidade processual - necessidade de prejuízo.

Nos termos do artigo 566 do Código de Processo Penal, ‘não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.’

De fato, em direito processual penal somente se declara a nulidade de ato ou de processo quando, da inobservância de formalidade legal, resulta prejuízo (C.P.P., artigo 563; MS 22050/MT, Relator Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/1995, DJ 15-09-1995 P. 29509).

Por outro lado, o princípio consagrado no artigo 563 do Código de Processo Penal, no sentido de que não há nulidade sem prejuízo, aplica-se a todas as alegações de nulidade, e, portanto, inclusive àquelas de natureza absoluta.

Com efeito, ‘[é] da jurisprudência do Supremo Tribunal que não se adstringe ao das nulidades relativas o domínio do princípio fundamental da disciplina das nulidades processuais - o velho pas de nullité sans grief -, corolário da natureza instrumental do processo, donde - sempre que possível - ser exigida a prova do prejuízo, ainda que se trate de nulidade absoluta (HHCC 81.510, Pertence, 1ª T., DJ 12.4.02; HC 74.671, Velloso, 2ª T., DJ 11.4.97).’ (AI 559632 AgR/MG, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 06/12/2005 ,DJ 03-02-2006 P. 22, RTJ 199/1257).

5. Nulidade dos interrogatórios dos réus.

Como visto acima, os réus negaram a imputação contida na denúncia, relativa à prática do crime de aquisição de moeda falsa, e a atribuíram ao outro (RUBENS: folhas 236 a 238; MANOEL: folhas 277 a 279).

A partir da entrada em vigor da Lei 10.792, de 2003, que deu nova redação ao artigo 188 do Código de Processo Penal, as partes passaram a poder formular perguntas aos réus submetidos ao interrogatório judicial. Essa possibilidade veio concretizar o direito constitucional do acusado ao contraditório e à ampla defesa, garantidos na Carta Magna (artigo 5º, inciso LV), bem como conformar esse ato judicial com os postulados do devido processo legal (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LIV).

Por outro lado, havendo dois ou mais réus, cada um deles tem direito subjetivo de participar, formulando perguntas, do interrogatório do outro ou outros. Nesse sentido, o Plenário do Supremo decidiu, por unanimidade, que ‘[é] legítimo, em face do que dispõe o artigo 188 do CPP, que as defesas dos co-réus participem dos interrogatórios de outros réus.’ (AP 470 AgR/MG, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 06/12/2007, DJe-047 14-03-2008, LEXSTF v. 30, n. 354, 2008, p. 314-344).

Assim, quando há delação, ou chamada de corréu, é necessário que o advogado do réu delatado esteja presente, a fim de que possa exercer a ampla defesa, por meio do contraditório. Se o advogado do réu delatado não estiver presente, o juiz deve nomear defensor ad hoc para exercer a sua defesa, sob pena de nulidade.

Nesse sentido, o seguinte precedente do Supremo, que bem resume e fundamenta essa questão:

‘O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0004757-72.2005.4.01.3500 (2005.35.00.004780-0)/GO

- 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.'

'POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UM DOS LITISCONSORTES PENAISS PASSIVOS, INVOCANDO A GARANTIA DO DUE PROCESS OF LAW, VER ASSEGURADO O SEU DIREITO DE FORMULAR REPERGUNTAS AOS CO-RÉUS, QUANDO DO RESPECTIVO INTERROGATÓRIO JUDICIAL.

- Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito - fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º incisos LIV e LV) - de formular reperguntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedente do STF. (HC 94016/SP, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-038 27-02-2009).'

No presente caso, tanto no interrogatório de RUBENS, quanto no interrogatório de MANOEL, seus advogados não estavam presentes, nem foram nomeados defensores ad hoc para proceder à defesa respectiva.

Nos termos do artigo 564, inciso II, alínea 'c', do Código de Processo Penal, é nulo o ato processual realizado sem a nomeação de defensor ao réu ausente. Na espécie, RUBENS e MANOEL não foram intimados para comparecer ao interrogatório do outro, e, portanto, estavam ausentes. O juiz processante não nomeou defensor ad hoc em favor deles.

Assim, é patente a nulidade dos interrogatórios em causa, na medida em que os acusados fizeram acusações recíprocas, mas não se garantiu a eles a presença ao ato, já que não foram intimados, nem a nomeação de defensor ad hoc.

Por sua vez, a verossimilhança da possibilidade jurídica de prejuízo é grande, uma vez que as delações recíprocas podem ser utilizadas para a condenação de qualquer deles, o que acarreta a necessidade do reconhecimento da nulidade (C.P.P., artigos 563 e 566)." (fls. 461/465).

(...)

"6. À vista do exposto:

a) declaro a nulidade do processo, a partir do interrogatório dos acusados, nos termos dos artigos 188 e 564, inciso II, alínea 'c', do Código de Processo Penal, e do artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal;

b) se não houver recurso, ou no caso de seu não provimento, expeçam-se cartas precatórias às Comarcas de Jaraguá (RUBENS) e Minaçu (MANOEL), a fim de intimar os réus da presente decisão, bem como para apresentarem, no prazo de 10 dias, por escrito, e por meio de advogado, resposta à acusação, sob pena de nomeação de defensor dativo ou da Defensoria Pública da União, para fazê-lo (C.P.P., artigo 396).

Notifique-se o autor. Publique-se." (fl. 467).

Em seu recurso, o Ministério Público Federal requer a reforma da decisão recorrida, para que seja validado o interrogatório dos réus de fls. 236/238 e 277/279 ou, alternativamente, caso

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0004757-72.2005.4.01.3500 (2005.35.00.004780-0)/GO

seja confirmada a decisão, que seja reconhecida a nulidade dos atos processuais a partir da inquirição da testemunha Davy Lima Oliveira e não a partir dos interrogatórios dos réus.

Afirma, em síntese, que “as declarações prestadas em juízo, por não serem aptas a influírem na análise do caso, não podem ser consideradas nulas em razão da ausência de reperfutas dos advogados dos delatados, mormente quando, restou claro, não houve qualquer prejuízo a quaisquer das partes” (fl. 478).

Não merece reforma a decisão recorrida.

Conforme pode se inferir do depoimento do acusado RUBENS COELHO DA SILVA à fl. 237, este negou a imputação feita na denúncia, ocasião em que atribuiu a prática do crime ao corréu MANOEL RODRIGUES PINTO.

Assim, nos termos do art. 188 do Código de Processo Penal, na hipótese em que um corréu, por ocasião de seu interrogatório em juízo, envolva outro acusado, necessário se faz que o defensor do delatado possa fazer perguntas ao interrogado, sob pena de se incorrer em cerceamento de defesa.

Com efeito, nesta hipótese, o interrogatório do acusado delator é considerado como um testemunho, motivo pelo qual se deve permitir que o defensor do delatado faça reperfutas ao interrogado, exclusivamente no tocante à delação realizada, visto que não terá outra oportunidade de produzir contraprova sobre a questão.

A questão foi devidamente examinada no opinativo ministerial, da lavra do Procurador Regional da República, dr. Aldenor Moreira de Sousa, que, por sua pertinência, incorporo às razões de decidir, nesses termos:

“(…), ante a ausência de contraditório na fase policial, a harmonia das provas produzidas nessa etapa deve ser aferida sob o manto do contraditório em juízo. Destarte, não observado na sua plenitude o contraditório judicial, resta enfraquecido o conjunto probatório.

Por outro lado, todavia, a norma processual penal não exige que o corréu assista ao interrogatório do outro. Ao contrário, veda. Portanto, diante da norma do art. 191 do CPP, determinando que, ‘Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente’, bem assim do art. 188 do CPP, que garante às partes o direito de, após o interrogatório, solicitar esclarecimento (pergunta ou reperfuta) sobre algum fato, a melhor exegese, capaz de harmonizar a aplicação dos dispositivos legais em questão, é a que afirma a necessidade de intimação apenas do defensor do corréu para o interrogatório do outro, viabilizando, assim, o exercício do direito aos esclarecimentos de que trata o mencionado artigo.

Quanto à efetiva presença da defesa na realização do ato, vale lembrar que quando do julgamento do AgR na Ação Penal nº 470 - MG, o Pleno do STF firmou o entendimento de que é facultativo o comparecimento do defensor do corréu ao interrogatório do outro. O mencionado julgado restou assim ementado:

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. EXPEDIÇÃO DE CARTAS DE ORDEM INDEPENDENTEMENTE DE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DECISÃO DO PLENÁRIO DA CORTE. IMPUGNAÇÃO POR AGRADO REGIMENTAL. NÃO-CONHECIMENTO. INTERROGATÓRIOS. ORGANIZAÇÃO DO CALENDÁRIO DE MODO QUE AS DATAS DAS AUDIÊNCIAS REALIZADAS EM DIFERENTES ESTADOS DA FEDERAÇÃO NÃO COINCIDAM. PARTICIPAÇÃO DOS CO-REUS. CARÁTER FACULTATIVO INTIMAÇÃO DOS DEFENSORES NO JUÍZO DEPRECADO. Não se conhece de Agravo Regimental contra decisão do relator que simplesmente dá cumprimento ao que decidido pelo Plenário da Corte. É legítimo, em face do que dispõe o artigo 188

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0004757-72.2005.4.01.3500 (2005.35.00.004780-0)/GO

do CPP, que as defesas dos co-réus participem dos interrogatórios de outros réus. Deve ser franqueada à defesa de cada réu a oportunidade de participação no interrogatório dos demais co-réus, evitando-se a coincidência de datas, mas a cada um cabe decidir sobre a conveniência de comparecer ou não à audiência. Este Tribunal possui jurisprudência reiterada no sentido da desnecessidade da intimação dos defensores do réu pelo juízo deprecado, quando da oitiva de testemunhas por carta precatória, bastando que a defesa seja intimada da expedição da carta. Precedentes citados. (AP 470 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 06/12/2007, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-01 PP-00001 RTJ VOL-00204-01 PP-00015 LEXSTF v. 30, n. 354, 2008, p. 314-344)' - original sem destaques.

Inferre-se, portanto, que a nulidade é resultante apenas da falta de intimação da defesa, e não do corréu, para o interrogatório do outro, pois, conforme salientado em linhas anteriores, é vedada a sua participação. Com efeito, diferente do entendimento esposado na decisão recorrida, a falta de intimação do corréu ou o seu não comparecimento ao interrogatório do outro não gera nulidade, a qual ocorre tão somente se não houver intimação do seu defensor.

Por outro lado, se o corréu não tiver defesa constituída ou dativa - é a hipótese dos autos -, não há, por óbvio, que se cogitar de intimação do seu defensor para o interrogatório do outro. Nesse caso, deve ser nomeado defensor ad hoc, o que não ocorreu. Ou seja, não é exigível a nomeação de defensor ad hoc quando a defesa, constituída ou dativa, é regularmente intimada para o interrogatório do outro corréu, já que, segundo o entendimento assentado no mencionado julgado do STF, seu comparecimento é facultativo.

Merece enfatizar que o STJ tem precedente declarando a nulidade em caso similar, porém por ausência do defensor do réu no interrogatório do outro corréu, e não pela falta de comparecimento de um no interrogatório do outro. O acórdão restou assim ementado:

'PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIO. CO-RÉU DELATOR. POSSIBILIDADE DE REPERGUNTAS PELA DEFESA DO DELATADO. RECONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA.

1. O interrogatório é essencialmente meio de defesa. No entanto, se do interrogatório exsurgir delação de outro acusado, sobrevém para a defesa deste o direito de apresentar reperguntas. Tal decorre de um modelo processual penal garantista, marcado pelo devido processo legal, generoso feixe de garantias. A vedação do exercício de tal direito macula o contraditório e revela nulidade irremediável.

2. Ordem concedida, apenas em favor do paciente, para anular o processo a partir do interrogatório, inclusive, reconhecendo-se o excesso de prazo no seu encarceramento, deferindo-lhe a liberdade provisória. (com voto vencido)

(HC 83875/GO, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 04/08/2008)' - original sem destaques.

Já a Quinta Turma (HC's 90.331 e 106.533) daquela Superior Corte de Justiça tem decidido que: '2. Não há nenhuma previsão legal no sentido de que seja necessária a presença do réu ou de seu defensor para a realização de interrogatório de corréu. Ao contrário, o art. 191 do CPP dispõe

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0004757-72.2005.4.01.3500 (2005.35.00.004780-0)/GO

expressamente que, 'havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente'. (HC 106.533).

Todavia, em nome do postulado do contraditório e da ampla defesa, e até mesmo para se evitar possível nulidade, a garantia do direito das partes a eventuais esclarecimentos por ocasião do interrogatório, conforme prescreve o art. 188 do CPP, demanda, necessariamente, a intimação do defensor do outro réu para a audiência, sendo, entretanto, facultativa a sua presença." (fls. 509/511).

À vista do exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.