



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 143.557 - DF (2009/0147667-4)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : VALDILEUZA CAMPELO PINHEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FRANCISCO ANDERSON DA SILVA MELO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. NÃO-OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/08. NULIDADE. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR CONFIRMADA.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP pela Lei 11.690/08 determina que as vítimas, as testemunhas e o acusado sejam ouvidos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição se entender necessários esclarecimentos.

2. Se o Tribunal de origem admite que houve a inversão na inquirição, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, patente o constrangimento, sanável pela via do *habeas corpus*, por ofensa ao devido processo legal.

3. Ordem concedida para, confirmando a liminar, anular a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, bem como os atos subsequentes, determinando que outra seja realizada, consoante as disposições do referido dispositivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2009(Data do Julgamento).

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 143.557 - DF (2009/0147667-4)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : VALDILEUZA CAMPELO PINHEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FRANCISCO ANDERSON DA SILVA MELO

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de FRANCISCO ANDERSON DA SILVA MELO, condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 10 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/03, substituída a privação de liberdade por duas penas restritivas de direitos (fls. 183/188).

Insurge-se a impetrante contra acórdão proferido pela Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que negou provimento à Reclamação 2008.00.2.012461-6, apresentada pelo Ministério Público, nos seguintes termos (fl. 123):

RECLAMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NULIDADE PROCESSUAL - OITIVA DE TESTEMUNHAS - NOVA REDAÇÃO DO ART. 212 DO CPP - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - IMPROCEDÊNCIA.

1. A nova redação do art. 212, do CPP, dada pela Lei 11.690/08, determina que as perguntas às testemunhas sejam formuladas diretamente pelas partes, mas não autoriza a interpretação de que houve alteração na ordem a ser observada pelo juiz e pelas partes para a formulação de tais perguntas.

2. Eventual inversão no procedimento não gera qualquer nulidade se não demonstrado o prejuízo pelas partes.

Busca, em suma, a concessão da ordem para que seja decretada a nulidade da audiência de instrução e julgamento realizada em 25/8/08 nos autos da Ação Penal 5471-3/2008, tendo em vista a inobservância de norma procedimental obrigatória.

Alega, em suma, que a não-observância da regra contida no art. 212 do Código de Processual Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.690/08, em que as testemunhas são inquiridas primeiramente pelas partes, fere a ampla defesa e o contraditório, causando nulidade absoluta do feito.

Por decisão de fls. 128/130, deferi o pedido liminar para "sobrestar a Ação Penal 2008.09.1.005471-3, em trâmite da 2ª Vara Criminal e dos Delitos de Trânsito da Circunscrição Judiciária de Samambaia/DF até o julgamento definitivo deste *writ*".

As informações requisitadas foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 137/139) e vieram acompanhadas de documentação necessária à instrução do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presente *writ* (fls. 140/213).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República AUREA MARIA ETELVINA NOGUEIRA LUSTOSA PIERRE, opinou pela concessão da ordem (fls. 215/233).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 143.557 - DF (2009/0147667-4)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. NÃO-OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/08. NULIDADE. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR CONFIRMADA.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP pela Lei 11.690/08 determina que as vítimas, as testemunhas e o acusado sejam ouvidos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição se entender necessários esclarecimentos.

2. Se o Tribunal de origem admite que houve a inversão na inquirição, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, patente o constrangimento, sanável pela via do *habeas corpus*, por ofensa ao devido processo legal.

3. Ordem concedida para, confirmando a liminar, anular a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, bem como os atos subsequentes, determinando que outra seja realizada, consoante as disposições do referido dispositivo.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Consoante relatado, a controvérsia deduzida nos autos refere-se à alegação de nulidade da audiência de instrução e julgamento realizada com inobservância da regra contida no art. 212 do Código de Processo Penal, inserida pela Lei 11.690/08, do seguinte teor:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Na hipótese, o Juízo processante, negando o pedido formulado pelo representante do Ministério Público para que a audiência de instrução e julgamento obedecesse à nova sistemática, cabendo às partes inquirir as testemunhas em primeiro lugar, indeferiu o requerimento com os seguintes argumentos (fls. 32/33):

Quanto à segunda parte da manifestação ministerial, observa-se que o comando anterior do art. 212 do CPP não fazia qualquer referência ao momento em que o Juiz deveria colher diretamente a prova oral, a inclusão do parágrafo único ao referido artigo decorreu de mero preciosismo, para prevenir situações que podem surgir a partir da inquirição realizada diretamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelas partes no que tange a novos pontos não completamente esclarecidos, mesmo porque, não podemos olvidar, ao Juiz Criminal incumbe o esclarecimento da verdade real com os meios a ela inerentes e, ao final, o julgamento da causa e esta é tarefa indelegável. Seguindo essa linha de raciocínio, verifico que no inciso I do artigo 156 do CPP, o legislador facultou ao Juiz, de ofício, 'ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes'. A previsão acima transcrita revela que não houve, por parte do legislador, qualquer intenção de atribuir ao Juiz papel menos ativo na colheita da prova oral, notadamente quando reafirma seus poderes instrutórios, ainda na fase de inquérito policial. Ademais, verifico que no artigo 473 do CPP, o legislador previu, expressamente, que o Juiz inicia a inquirição. Ora, se o Juiz de Direito que preside os trabalhos no Júri inicia a formulação das perguntas sem ser o destinatário da prova, pois quem julga o mérito são os Jurados, com muito mais razão igual procedimento deve ser adotado pelo Juiz de Direito com assento em Vara Criminal Comum ou Especializada, este sim competente para o julgamento do mérito. Aliás, a esse propósito, insta salientar que se a intenção do legislador fosse a de se inspirar no modelo Anglo-saxão, puramente acusatório, nenhuma razão plausível haveria para prever a iniciativa das perguntas por parte do Juiz Presidente do Tribunal do Júri, cujo procedimento guarda alguma semelhança com aquele modelo, e atribuir papel menos ativo ao Juiz Criminal que preside rito processual completamente diferente. Ante o exposto, entendo que a interpretação sistemática, teleológica e razoável dos dispositivos citados deve prevalecer sobre a interpretação literal ora invocada, indicando que a iniciativa das perguntas feitas na colheita da prova oral permanece com o Juiz, conforme procederei em termos apartados.

Diante da negativa, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ajuizou reclamação, sob a alegação de que o juízo processante teria incorrido em *error in procedendo*. A demanda, todavia, foi julgada improcedente pela Corte de origem, ao concluir que, embora tenha havido inobservância do novo rito, não restou comprovado o necessário prejuízo para declarar a nulidade da audiência de instrução (fls. 114/120).

Em caso idêntico, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 121.216/DF, da relatoria do Ministro JORGE MUSSI, publicado no DJe de 1º/6/09, assim se manifestou:

A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do habeas corpus, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade.

No referido precedente, com absoluta propriedade, concluiu o Ministro JORGE MUSSI, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não obstante haja resistência pertinente às mudanças procedidas na legislação processual penal, consoante salientado por ocasião do deferimento da pretensão sumária, é certo que com a nova redação dada ao aludido dispositivo, "*o juiz simplesmente poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, cabendo-lhe ainda não admitir as perguntas que não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já feita*" (SOUZA, JOSÉ BARCELOS DE. *Boletim IBCCrim*. Novas leis de processo: inquirição direta de testemunhas. Identidade física do juiz. ano 16, nº 188, julho, 2008, p. 15).

Por oportuno, mister transcrever lição da autoria de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, da obra *Curso de Processo Penal*:

A Lei 11.690/08 trouxe importante alteração no procedimento de inquirição de testemunhas.

Ali se prevê que as perguntas das partes serão feitas diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem a repetição de outra já respondida (art. 212, CPP). E, mais ainda, prevê que o juiz poderá complementar a inquirição, sobre pontos eventualmente não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, CPP).

Observa-se, então, que a medida encontra-se alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se o risco, aqui já apontado, de tornar-se o magistrado um substituto do órgão de acusação. Assim, as partes iniciam a inquirição, e o juiz a encerra" (11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 370).

Ao dissertar quanto à colheita da prova testemunhal, AURY LOPES JR. assinala:

O antigo sistema 'presidencial', onde as perguntas eram feitas ao juiz e este as (re)formulava à testemunha, felizmente foi abandonado com a nova redação do art. 212 do CPP. (**Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 602).

E comentado o dispositivo citado, assevera que "*Agora as perguntas serão diretas, com o juiz atuando como filtro, regulador dessa comunicação, para evitar a indução ou mesmo constrangimento de testemunha. Pela leitura do parágrafo único, a atuação do juiz, somente se dará sob os pontos não esclarecidos, ou seja, uma típica atividade complementar, secundária, portanto*" (p. 602).

Na mesma linha vide PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, in *Curso de processo penal*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 334; e MARCELLUS POLASTRI LIMA, in *Manual de processo penal*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 431-3.

Não é demais destacar os comentários à alteração procedimental feitos na respeitável obra *As reformas no processo penal*, da qual se extrai a lição de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, no sentido de que a referida mudança trouxe o método de exame direto e cruzado da prova oral utilizado também na Inglaterra e na Itália, abolindo o antigo sistema presidencial quanto à formulação das perguntas e reperguntas por parte do juiz, inerente ao processo inquisitório, adotando, assim, o sistema adversarial anglo-americano, consistente primeiramente no *direct-examination* - por parte de quem arrolou - e posteriormente no *cross-examination* - sendo submetido à parte contrária,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

leia-se:

A **cross-examination** constitui um traço saliente do sistema processual da **common law** no tocante à produção das provas e sempre foi visto pela doutrina deste WIGMORE, como o meio mais eficaz para a descoberta da verdade. (São Paulo: RT, 2009, p. 285).

Aliás, naqueles países, o aludido método é considerado elemento essencial e é tido como garantia fundamental pela Constituição, sendo, ainda, salientado pelo citado autor que no "**cross-examination evidenciam-se as vantagens do contraditório na coleta do material probatório, uma vez que, após o exame direto, abre-se à parte contrária, em relação à qual a testemunha é presumidamente hostil, um amplo campo de investigação. No exame cruzado, é possível fazer-se uma reinquirição a respeito dos fatos já abordados no primeiro exame (cross-examination as to facts), como também formular questões que tragam à luz elemento para a verificação da credibilidade do próprio depoente ou de qualquer outra testemunha (cross-examination as to credit)**" (p. 286).

E conclui:

Trata-se, portanto, de mecanismos característicos de um sistema acusatório puro, cuja função é fundamental não somente para uma apuração mais correta dos fatos, mas principalmente para atestar a correção do debate dialético entre as partes, servindo igualmente à **legitimação das decisões** (p. 287).

Constata-se, então, que no caso vertente restou violado *due process of law* constitucionalmente normatizado, pois o art. 5º, inciso LIV, da Carta Política Federal, preceitua que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*", e na espécie o ato reclamado não seguiu o rito estabelecido na legislação processual penal, acarretando a nulidade do feito, porquanto, a teor do art. 212 do Código Instrumental, a oitiva das testemunhas deve ser procedida com perguntas feitas direta e primeiramente pelo Ministério Público e depois pela defesa, sendo que na hipótese, o Magistrado não se restringiu a colher, ao final, os esclarecimentos que elegeru necessários, mas realizou o ato no antigo modo, ou seja, efetuou a inquirição das vítimas, olvidando-se da alteração legal, mesmo diante do alerta ministerial no sentido de que a audiência fosse concretizada nos moldes da vigência da Lei nº. 11.690/2008.

Quanto ao tema, aliás, mister lembrar o magistério de ALEXANDRE DE MORAES, *in verbis*:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe a paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa [...] O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal ou civil ou em procedimento administrativo, inclusive aos militares, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (**Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.365).

Mais adiante o constitucionalista destaca que a "*tutela jurisdicional efetiva supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o contraditório e a ampla defesa*", sendo que não constituem "*mero conjunto de trâmites*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

burocráticos, mas um rígido sistema de garantias para as partes visando ao asseguramento de justa e imparcial decisão" (p. 366).

Então, além de a parte ter direito à estrita observância do procedimento estabelecido na lei, conforme assegurado pelo princípio do devido processo legal, sendo importante relembrar que na espécie o paciente teve proferido julgamento em seu desfavor, certo é que, diante do novo método utilizado para a inquirição de testemunhas, a colheita da referida prova de forma diversa, ou seja, pelo sistema presidencial, indubitavelmente acarretou-lhe evidente prejuízo.

Nesse passo, em que pese os judiciosos fundamentos expostos no aresto hostilizado, o qual mesmo admitindo que houve a inversão apontada pelo Ministério Público, não anulou a audiência procedida em desacordo com o art. 212 do Diploma Processual Repressivo, resta suficientemente demonstrada a nulidade decorrente do ato em apreço, em razão de evidente ofensa ao devido processo legal, sendo mister reiterar que contra o paciente foi proferida sentença condenatória, édito repressivo que encontra suporte nas declarações colhidas em desacordo com a legislação em vigor, bem demonstrando que, a despeito de tratar-se ou não de nulidade absoluta, houve efetivo prejuízo, quer dizer, é o que basta para se declarar nulo o ato reclamado, assim como os demais subsequentes, e determinar-se que outro seja realizado dentro dos ditames legais.

Ante o exposto, confirmando a liminar anteriormente deferida, **concedo** a ordem para anular a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, bem como os atos subsequentes, determinando que outra seja realizada, consoante as disposições do referido dispositivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0147667-4
MATÉRIA CRIMINAL
Números Origem: 20080020124616 20080910054713

HC 143557 / DF

EM MESA

JULGADO: 01/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : VALDILEUZA CAMPELO PINHEIRO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FRANCISCO ANDERSON DA SILVA MELO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 01 de dezembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário