



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.172 - SP (2010/0050013-3)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : WILLEY LOPES SUCASAS E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO BRAGADIOLI (PRESO)

EMENTA

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. OITIVA DE TESTEMUNHAS. INQUIRição DIRETA PELO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INFLUÊNCIA DAS RESPOSTAS DAS TESTEMUNHAS NA FORMAÇÃO DA VERDADE SUBSTANCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO SEM INCURSÃO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PLEITO DE AGUARDAR JULGAMENTO DE RECURSO EM LIBERDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SUPERVENIÊNCIA DE ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. PERDA DE OBJETO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

I. O Código de Processo Penal, ao tratar sobre o tema "nulidade", estabelece que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa" (art. 563), e ainda, que "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa" (art. 566).

II. O caso concreto se enquadra nas hipóteses previstas nos artigos 563 e 566, do Código de Processo Penal, porquanto não se demonstrou o prejuízo causado à defesa decorrente da inquirição das testemunhas realizada diretamente pelo magistrado, embora suscitada a nulidade durante a realização da audiência. Tampouco restou caracterizado como tal situação influir na apuração da verdade substancial apenas, já que sequer foi proferida qualquer decisão.

III. A alegação genérica de ocorrência de prejuízo não merece amparo. A demonstração de dano à defesa é premente em tais casos.

IV. A incursão no terreno da apuração da verdade substancial demanda análise do conjunto fático-probatório, pois não há como saber se houve influência na apuração da verdade substancial sem avaliar, por exemplo, o conteúdo das perguntas feitas pelo magistrado às testemunhas. Tal análise não pode ser realizada em sede de *habeas corpus*.

V. Ademais, o eventual prejuízo, em hipótese como a dos autos, somente poderia ser efetivamente apurado ao fim da instrução criminal.

VI. Embora a impetração tenha perseverado no argumento da impossibilidade da inversão da ordem dos atos processuais em audiência, incumbe ressaltar que a situação, nos moldes em que apresentada, não revela qualquer nulidade processual.

VII. Os pleitos de concessão de liberdade, fixação de regime semiaberto e substituição da pena perderam seu objeto pela superveniência de acórdão que deu provimento à apelação da defesa.

VIII. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

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. "A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de junho de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.172 - SP (2010/0050013-3)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de RICARDO BRAGADIOLI contra acórdão da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Ambas as partes recorreram da sentença. Além disso, a defesa impetrou *habeas corpus*, que foi denegado pelo Tribunal *a quo* conforme acórdão de fls. 309/317.

No presente *writ*, o impetrante pugna pela concessão da ordem para que seja anulada a audiência de instrução pela inobservância da ordem de inquirição das testemunhas, seja conferido ao paciente a permanência em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal e fixado o regime aberto para o início do cumprimento da pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 212/213.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 223/225 e 327/328, opinou pela denegação da ordem.

Informações às fls. 230/232.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.172 - SP (2010/0050013-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de RICARDO BRAGADIOLI contra acórdão da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Ambas as partes recorreram da sentença. Além disso, a defesa impetrou *habeas corpus*, que foi denegado pelo Tribunal *a quo* conforme acórdão de fls. 309/317.

No presente *writ*, o impetrante pugna pela concessão da ordem para que seja anulada a audiência de instrução pela inobservância da ordem de inquirição das testemunhas, seja conferido ao paciente a permanência em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal e fixado o regime aberto para o início do cumprimento da pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Passo à análise da irresignação.

Em relação à suposta nulidade decorrente da inversão da ordem de inquirição de testemunhas, o Tribunal *a quo* versou o seguinte:

*"Quanto à alegada nulidade da audiência de instrução, por inobservância da ordem de inquirição das testemunhas, como bem ponderou o I. representante da Procuradoria Geral de Justiça, "não se demonstrou na inicial da impetração a ocorrência de **efetivo prejuízo** para a defesa, incidindo aqui o princípio *pas de nullite sans grief*, consagrado no a/f. 563 do CPP.*

Ademais, é neste sentido a lição de Júlio F. Mirabete, "A nulidade pode decorrer de qualquer causa (falta de condição de procedibilidade, ilegitimidade de parte, incompetência do juízo, ausência de citação, etc). Pode ser reconhecida quando ainda se encontra em andamento o processo ou mesmo após o trânsito em julgado da sentença causando a anulação total ou parcial do processo. É necessário, porém, que se trate de nulidade manifesta; caso contrário, o meio idôneo para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecê-la é a apelação ou a revisão" (Processo Penal, Atlas, SP, 6ª ed., 1996, pág. 710).

(...)

É de trivial conhecimento que, na via sumária do habeas corpus, somente é possível declarar nulidades evidentes, que saltem aos olhos, nunca, porém, aquelas que demandem aprofundamento em matéria de fato para possível reconhecimento. A desconstituição de um julgado por esta via só é admitida em casos de flagrante e inequívoca ilegalidade, o que não restou evidenciado na hipótese."

Embora a impetração tenha perseverado no argumento da impossibilidade da inversão da ordem dos atos processuais em audiência, incumbe ressaltar que não é possível antever na situação qualquer nulidade processual.

O Código de Processo Penal prevê dois vetores de nulidade, previstos nos artigos 563 e 566, abaixo transcritos:

"Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

[...]

Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa."

O caso concreto se enquadra nas hipóteses legais, porquanto embora suscitada a nulidade durante a audiência, não se demonstrou o prejuízo causado à defesa decorrente da inquirição das testemunhas realizada diretamente pelo magistrado.

O prejuízo não é abstrato, tampouco pode ser presumido, neste caso. Deve ser comprovado pela parte interessada, contudo não o foi na presente hipótese, nem durante a realização da audiência de julgamento, tampouco nos presentes autos.

Assim, consoante ressaltado, a simples alegação de ocorrência de prejuízo, sem a devida explicitação do dano provocado à defesa, mostra-se inapta a ensejar a anulação dos respectivos atos. No tocante à necessidade de demonstração de prejuízo para a declaração de nulidade de ato em processo criminal, cabe ressaltar que a matéria foi objeto de apreciação por esta Turma nos autos do HC 172693/PE, tendo sido submetido a pedido de vista pelo Ministro Jorge Mussi e, com retorno dos autos, julgado à unanimidade no sentido de que *"alegação genérica de ocorrência de prejuízo não merece amparo. A demonstração de dano à defesa é premente em tais casos."*

Ademais, observe-se a jurisprudência pacífica desta Corte no mesmo sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SUSTENTAÇÃO ORAL SUCINTA. PREJUÍZO NÃO ALEGADO. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRINCÍPIO NE PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ORDEM DENEGADA.

1. A ocorrência de mácula processual que gere prejuízo a qualquer das partes implica nulidade.

2. O princípio do ne pas de nullité sans grief estatui que somente se configurará nulidade quando estiver demonstrada a existência de prejuízo (art. 566 do CPP).

[...]" (HC 97.364/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 15/06/2010, DJe 02/08/2010). Grifei.

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA NULIDADE ABSOLUTA. JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FASE ANTERIOR ÀS ALEGAÇÕES FINAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA.

[...]

II - Ademais, no sistema das nulidades pátrio, somente se proclama a nulidade de um ato processual quando houver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos (Precedentes).

Ordem denegada." (STJ, HC 128840, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 1/9/2009, DJE 21/9/2009). Grifei.

"CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. NULIDADES. JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL POPULAR. QUESITO RELATIVO À LEGÍTIMA DEFESA. TERMO DE VOTAÇÃO E ATA DE JULGAMENTO. CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ERRO MATERIAL. PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO. RÉU QUE PERMANECEU ALGEMADO DURANTE A SESSÃO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PROGRESSÃO DE REGIME. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA INCIDENTER TANTUM PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

[...]

III No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no processo penal, a assertiva da não declaração de nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

[...]" (HC 63.779/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 17/05/2007, DJ 29/06/2007 p. 672). Grifei.

Nesse mesmo sentido vem decidindo o Supremo Tribunal Federal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. PENAL. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR AUSÊNCIA DE EXAME DA TOTALIDADE DAS TESES DEFENSIVAS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO DA DEFESA NÃO DEMONSTRADO. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ADMITIR-SE O WRIT CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. I – Improcedente a alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa porque o órgão julgador não está obrigado a rebater todas as teses defensivas, bastando que exponha, de forma fundamentada, as razões de seu convencimento. Precedentes. II – **Entendimento desta Corte no sentido de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu na espécie.** III - As circunstâncias consideradas no agravamento da pena-base são de caráter objetivo – natureza e quantidade da droga apreendida-, de modo que não há falar em falta de individualização. IV – O habeas corpus, em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, não pode ser utilizado como sucedâneo da revisão criminal, salvo em situações nas quais se verifique flagrante ilegalidade ou nulidade, o que não é o caso dos autos. V – Ordem denegada." (STF, HC 107784/SP, Rel. Min. Ricardo Levandowski, Primeira Turma, j. 9/8/2011). Grifei.

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS. NULIDADE DA SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA. QUESTÃO NÃO EXAMINADA PELOS TRIBUNAIS ANTERIORES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCOMPETÊNCIA DE RELATOR QUE NEGOU SEGUIMENTO AO WRIT MANEJADO NO STJ. NULIDADE RELATIVA NÃO ALEGADA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADA A ORDEM. I – O pedido de anulação da sentença condenatória, no que concerne à dosimetria da pena aplicada, não pode ser conhecido, uma vez que esta questão não foi sequer analisada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, tampouco pelo Superior Tribunal de Justiça. II – O exame dessa matéria por esta Suprema Corte implicaria indevida supressão de instância e extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal. III – Não procede a alegação de incompetência do Relator que negou seguimento ao HC 92.241/MS impetrado no STJ, sendo firme o entendimento desta Suprema Corte no sentido de que a competência por prevenção é relativa e, portanto, deve ser arguida na primeira oportunidade que couber à parte falar nos autos. V – **Os impetrantes não lograram êxito em demonstrar em que a defesa teria sido prejudicada, medida indispensável à decretação da nulidade do ato, segundo o princípio do pas de nullité sans grief.** VI – Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado na parte conhecida." (STF, HC 107040/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. 12/4/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, a incursão no terreno da apuração da verdade substancial demanda análise do conjunto fático-probatório, pois não há como saber se houve influência na apuração da verdade substancial sem avaliar, por exemplo, o conteúdo das perguntas feitas pelo magistrado às testemunhas.

Tal análise não pode ser realizada em sede de *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, marcado por cognição sumária e rito célere.

Ressalte-se que na estreita via do writ é descabido estimar a perspectiva da prova testemunhal no conjunto probatório.

Verifique-se o que vem decidindo esta Corte sobre o tema:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. SISTEMA ACUSATÓRIO. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. EIVA RELATIVA. ARGUIÇÃO INOPORTUNA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. 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 necessário quaisquer esclarecimentos.

2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito no processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

3. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, houve a produção das provas requeridas, sendo oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às testemunhas ouvidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente.

4. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal cuida-se de vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração da ocorrência do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vige no cenário das nulidades o brocado pas de nullité sans grief positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal, nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo (Precedentes STJ e STF).

5. Constatando-se que a defesa do paciente permaneceu silente durante a realização do ato, vindo a arguir a irregularidade somente nas alegações finais, a pretensão do impetrante de invalidação da instrução criminal encontra-se fulminada pelo fenômeno da preclusão, já que eventuais nulidades verificadas em audiência deverão ser arguidas logo depois de ocorrerem, nos termos do artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal.

CORRUPÇÃO DE MENORES. ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. O entendimento firmado por esta Corte de Justiça é no sentido de que o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, para a sua caracterização não é necessária a prova da efetiva e posterior corrupção do menor, bastando a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos (Precedentes STJ).

2. Ainda que assim não fosse, eventual conclusão em sentido contrário demandaria aprofundada incursão no acervo fático-probatório produzido nos autos, o que não se admite na via estreita do habeas corpus, em razão das peculiaridades que envolvem o seu rito célere.

3. Ordem denegada." (HC 188349, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1/8/2011). Grifei.

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. OITIVA DE TESTEMUNHAS. INQUIRição DIRETA PELA MAGISTRADA NÃO DEMONSTRADA. PREJUÍZO SUPOSTADO PELA PARTE NÃO EVIDENCIADO. NULIDADE RELATIVA. INFLUÊNCIA DAS RESPOSTAS DAS TESTEMUNHAS NA FORMAÇÃO DA VERDADE SUBSTANCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE SEM INCURSÃO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. Impetrante que não logrou demonstrar a efetiva inversão da ordem processual estabelecida no art. 212 do Código de Processo Penal, sendo que, mesmo que a alteração houvesse ocorrido, não se vislumbrou qualquer prejuízo suportado pela parte a permitir o reconhecimento da nulidade do ato.

II. Hipótese na qual não restou comprovado o prejuízo causado à defesa decorrente da suposta inquirição direta das testemunhas pela magistrada, não sendo igualmente vislumbrada qualquer influência na apuração da verdade substancial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III. Maiores incursões no terreno da apuração da verdade substancial que demandariam o revolvimento do conjunto fático-probatório, vedado em sede de writ.

IV. A ausência de concreta demonstração do prejuízo causado à defesa impede a anulação do ato, por se tratar de nulidade relativa.

V. Ante a concreta possibilidade de reiteração delitiva, mister se faz reconhecer a necessidade da manutenção da medida constritiva de liberdade, em garantia da ordem pública.

VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator." (HC 167151, de minha relatoria, Quinta Turma, j. 19/5/2011). Grifei.

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA E DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 514 DO CPP. CRIME INAFIANÇÁVEL. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE OITIVA DE TESTEMUNHAS NÃO INDICADAS PELAS PARTES. ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

1. É sabido que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, só admissível se emergente dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade delitivas, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que incorre na espécie.

2. O paciente é acusado de, no exercício da função de inspetor de polícia civil no Estado do Rio de Janeiro, solicitar vantagem econômica indevida para não reprimir as ações voltadas à exploração do "jogo do bicho". A denúncia narra a ocorrência de fato típico, não padecendo do vício de inépcia, pois satisfaz todos os requisitos do art. 41 do CPP, sendo mister a deflagração da persecução penal.

3. Noutro giro, improcede a alegação de nulidade por inobservância do rito previsto no art. 514 do CPP. Isso porque tal preceito somente é aplicável aos crimes funcionais afiançáveis. Na hipótese dos autos, imputa-se ao paciente o delito do art. 317, § 1º, do CP, chamado pela doutrina "corrupção passiva exaurida". A sanção corporal cominada a tal infração é a estabelecida para a corrupção passiva - a saber, de 2 (dois) a 12 (doze) anos -, aumentada de 1/3 (um terço), não se lhe albergando, portanto, o instituto da fiança (art. 323, I, do CPP).

4. Improcede a sustentação de violação ao princípio acusatório, pois o ordenamento faculta ao juiz, de ofício, determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, bem assim, ouvir testemunhas que não tenham sido indicadas pelas partes, desde que contribuam para o deslinde dos fatos.

5. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado cross-examination, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

6. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes.

7. Ordem denegada." (HC 147634/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 4/5/2011). Grifei.

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PARCIALIDADE DO JUIZ. NÃO CONFIGURAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA PRONÚNCIA. LEGALIDADE. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. EXCESSO DE LINGUAGEM. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO NOS TERMOS DOS ARTS. 408 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O fato de o Juiz, a partir das provas constantes dos autos, ter proferido decisões desfavoráveis ao Paciente (decreto de prisão temporária e sua posterior conversão em preventiva, além da própria pronúncia), não afeta sua imparcialidade e, muito menos, torna nulo o processo.

2. Não há previsão legal de que a intimação do Réu ocorra após o escoamento do prazo recursal para o Ministério Público, mesmo porque o contraditório, na fase recursal, não é feito pela interposição de outro recurso contra a mesma decisão, mas pelo oferecimento de resposta ou contrarrazões às razões recursais oferecidas pela parte adversa.

3. A inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizado às partes a formulação das perguntas, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Sendo assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo Estatuto, não se procede à anulação do ato.

[...]

5. Ordem denegada. (HC 180787/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 14/2/2011). Grifei.

Confira-se decisão do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA, QUE, SOMENTE DEPOIS, PERMITIU QUE AS PARTES



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INQUIRISSEM AS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. NÃO ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. *A magistrada que não observa o procedimento legal referente à oitiva das testemunhas durante a audiência de instrução e julgamento, fazendo suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes inquiram as testemunhas, incorre em vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deve ser arguido oportunamente, ou seja, na fase das alegações finais, o que não ocorreu.* 2. *O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.* 3. *Ordem denegada.*" (STF, HC 103525/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 3/8/2010). Grifei.

Sobre este julgado, leia-se notícia veiculada no Informativo 594, do Supremo Tribunal Federal:

"A Turma indeferiu habeas corpus em que se objetivava a anulação da audiência de instrução e julgamento e, conseqüentemente, da sentença condenatória proferida contra o paciente. A impetração sustentava a existência de nulidade absoluta, consistente na inversão da ordem de inquirição das testemunhas, pois a magistrada de 1º grau teria feito suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes o fizessem. Salientou-se, de início, tratar-se de vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deveria ser argüido oportunamente, o que não ocorrera, daí a superveniência da preclusão. Ademais, não teria sido demonstrado prejuízo concreto decorrente da alegada nulidade, pois a inversão da ordem do sistema de perguntas diretas, previsto no art. 212 do CPP ("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."), não alteraria o sistema acusatório. Nesse sentido, a decretação de nulidade a partir desse fato seria considerar o processo um fim em si mesmo, e não um meio para se conseguir a aplicação da lei penal. No ponto, divergiu o Min. Marco Aurélio, por entender que a forma prevista no citado artigo seria essencial e que o prejuízo estaria certificado na sentença condenatória. Contudo, tendo em conta a organicidade do Direito, asseverou que a inobservância de forma prevista em lei, como essa alusiva ao interrogatório, encerraria nulidade relativa. Por sua vez, não houvera o insurgimento da defesa no momento próprio, o que implicara preclusão.

HC 103525/PE, rel. Min. Cármen Lúcia, 3.8.2010. (HC-103525)" Grifei.

É de se atentar, finalmente, que o eventual prejuízo em hipótese como a dos autos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

somente poderia ser efetivamente apurado ao fim da instrução criminal.

Dessa forma, no presente caso, embora arguida a nulidade durante a audiência, a não demonstração do prejuízo causado à defesa ou da influência das respostas das testemunhas na formação da verdade substancial, afasta a alegação dos impetrantes acerca da ocorrência de nulidade absoluta no presente caso. Igualmente, não há falar em nulidade relativa.

Por outro lado, em relação aos pleitos de concessão de liberdade, fixação de regime semiaberto e substituição da pena, extrai-se de consulta ao *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na internet que os recursos de apelação da defesa e do Ministério Público foram julgados em 28 de julho de 2011, tendo o acórdão sido assim ementado:

""POR MAIORIA, CONTRA O VOTO DO DESEMBARGADOR CHRISTIANO KUNTZ, QUANTO À SUBSTITUIÇÃO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO POR RICARDO BREGADIOLI, PARA REDUZIR-LHE AS PENAS A UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO E CENTO E SESENTA E SEIS DIAS-MULTA, NO PISO, SUBSTITUINDO-SE A RECLUSIVA POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, CONSISTENTES EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, POR IGUAL PERÍODO, A SER REGULAMENTADA NO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS, E DEZ DIAS-MULTA, JULGANDO-SE, POR DETRAÇÃO, NOS TERMOS DO ARTIGO 44, § 2º, COMBINADO COM OS ARTIGOS 42 E 46, § 3º, TODOS DO CÓDIGO PENAL, E POR ANALOGIA EM BENEFÍCIO DO CONDENADO, CUMPRIDA SOMENTE A PENA ALTERNATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, MANTIDA, NO MAIS, A R. SENTENÇA RECORRIDA, EXPEÇA-SE, INCONTINENTE, ALVARÁ DE SOLTURA EM FAVOR DO ACUSADO.""

Portanto, verifica-se que, nesta matéria, o pedido perdeu seu objeto.

Diante do exposto, conheço parcialmente do *writ* e, nesta extensão, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0050013-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 166.172 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4922009

5530120090035574

990092257676

EM MESA

JULGADO: 26/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WILLEY LOPES SUCASAS E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RICARDO BRAGADIOLI (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.