



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 68.845 - ES (2016/0065641-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **RAYANE GOMES DOS SANTOS (PRESO)**
ADVOGADO : **RAIANE CRISTO LEANDRO - ES023661**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. 1. CRIMES DE TRÁFICO E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. OFENSA AO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO. OBSERVÂNCIA AO SISTEMA PRESIDENCIALISTA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 2. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL ENCERRADA. SENTENÇA JÁ PROFERIDA. SÚMULA 52/STJ. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ENTENDIMENTO CONFIRMADO PELO PLENÁRIO DO STF. 3. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

1. Não tendo a recorrente demonstrado o efetivo prejuízo, em razão da inversão da ordem de inquirição na audiência de instrução e julgamento ou em virtude da adoção do sistema presidencialista de inquirição, não há se falar em nulidade. Destaque-se que a condenação, por si só, não pode ser considerada como prejuízo, pois, para tanto, caberia à recorrente demonstrar que as nulidades apontadas, acaso não tivessem ocorrido, ensejariam sua absolvição ou a desclassificação da conduta, situação que não se verifica os autos.

2. Quanto ao excesso de prazo, correto o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que, "encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo", conforme inteligência do verbete n. 52 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, em consulta à página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, verifico que a apelação da recorrente foi julgada em 4/5/2016, sendo mantida a segregação cautelar. Dessa forma, com o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, a execução provisória da pena independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, conforme assentado pelo STF, e não revela excesso de prazo, porquanto concluso o julgamento pelo Magistrado de origem bem como pelo Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Recurso em *habeas corpus* conhecido em parte e, nessa parte, improvido.

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, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 68.845 - ES (2016/0065641-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : RAYANE GOMES DOS SANTOS (PRESO)

ADVOGADO : RAIANE CRISTO LEANDRO - ES023661

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por RAYANE GOMES DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consta dos autos que a recorrente foi condenada como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, à pena de 18 (dezoito) anos de reclusão, em regime fechado. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação e impetrou prévio *mandamus*, cuja ordem foi denegada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 288/289):

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA POR CONTA DE VÍCIOS DA INSTRUÇÃO. 1. A PETIÇÃO INICIAL APRESENTA 10 FUNDAMENTOS QUE SUSTENTARIAM A ORDEM PLEITEADA: item 2 da petição inicial - ausência de conexão entre a prisão da paciente e as prisões ocorridas no dia 13/11/2012; item 3 da petição inicial - interceptação telefônica - ausência de investigação preliminar; item 4 da petição inicial - interceptação telefônica - prazo da medida superior ao permitido por lei - interceptação por prospecção - ilegalidade; item 5 (da petição inicial - interceptação telefônica - ausência de transcrições - juntada das mídias com gravações após o prazo da defesa prévia - cerceamento de defesa - nulidade; item 6 da petição inicial - ausência de perícia na interceptação telefônica - ilegalidade; item 7 da petição inicial - nulidade quanto à não aplicação do art. 400 do CPP - cerceamento de defesa; item 8 da petição inicial - desrespeito à regra do art. 188 do CPP; item 9 da petição inicial - ferimento à regra do parágrafo único do art. 212 do CPP; item 10 da petição inicial - violação ao princípio da identidade/física do juiz - nulidade; item 11 da petição inicial - excesso de prazo na formação da culpa. 2. Não conhecimento do writ no que respeita aos itens 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 10 da peça vestibular, extinguindo o processo, quanto a eles, sem resolução de mérito, por carência de direito líquido e certo, nos termos do art. 267, VI, do CPC c/c o art. 3º do CPP. 3. Denegação da ordem no que se refere aos itens 9 e 11, julgando o processo, quanto a eles, extinto com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I do CPC c/c o art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3º do CPP. Quanto ao item 9 por ausência de alegação de qual teria sido o prejuízo decorrente do erro de forma afirmado. No que respeita ao item 11, com fulcro no entendimento cristalizado na súmula 52 do STJ.

No presente recurso, reitera a recorrente a violação ao art. 212 do Código de Processo Penal, afirmando que o prejuízo suportado está devidamente demonstrado, uma vez que "o Magistrado, que deveria se limitar ao papel de julgador, acabou por produzir provas que foram utilizadas para sustentar a condenação da recorrente, conforme podemos verificar no termo de depoimento do policial Joatan de Oliveira, fls. 96/98 do HC, depoimento do policial Washington Luiz Junior, fls. 105/107 e, até mesmo, da testemunha arrolada pela defesa, fls. 108/110".

Afirma, ademais, que a defesa não foi autorizada a fazer perguntas diretamente à testemunha, conforme autoriza a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal, devendo, portanto, ser reconhecida a nulidade do processo.

Por fim, aponta haver excesso de prazo, alegando não ser possível incidir o entendimento sumulado no enunciado n. 52 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, a seu ver, devem ser analisadas as particularidades do caso concreto.

Pede, assim, a nulidade do processo, por ofensa ao art. 212 do Código de Processo Penal e o relaxamento da prisão, por excesso de prazo.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às e-STJ fls. 349/351, pelo desprovimento, nos seguintes termos:

RHC. ARTS. 33 E 35 DA LEI DE DROGAS. • Recente mudança de entendimento da 5ª Turma do STJ, perfilhando com a 6ª Turma, no sentido de que traduz mera nulidade relativa a inobservância da nova redação do art. 212 do CPP, consagradora do protagonismo das partes na inquirição das testemunhas. • Ordem originária que afastou a alegação de excesso de prazo com fundamento na Súmula nº 52-STJ, em razão da superveniência de sentença penal condenatória. • Permanecendo a constrição cautelar da recorrente, sua irresignação deve ser submetida à Corte estadual, pois sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise diretamente pelo STJ configuraria indevida supressão de instância. • Hipótese dos autos, com 15 réus, que não denota excesso de prazo. • Parecer pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 68.845 - ES (2016/0065641-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, a inversão na ordem de formulação das perguntas, com o Magistrado inquirindo as testemunhas antes das partes, ou mesmo com a formulação das perguntas das partes pelo Magistrado, e não diretamente, embora não observe a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, não revela, por si só, nulidade processual. De fato, diversamente do que alegado pela recorrente, a iniciativa instrutória do Magistrado não macula sua imparcialidade, a qual não se confunde com a inércia do julgador.

Como é cediço, "o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório" (REsp 192.681/PR, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 02/03/2000).

Assim, tem-se que a atuação do Magistrado, inquirindo as testemunhas antes das partes, não revela violação à sua imparcialidade, devendo a recorrente demonstrar em que medida referida situação lhe gerou prejuízo concreto, uma vez que, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Ao ensejo:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO ATACADA. FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS PELO JUIZ. VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. NÃO ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP). 2. As modificações introduzidas ao art. 212 do Código de Processo Penal, não retiraram do juiz a possibilidade de formular perguntas às testemunhas, a fim de complementar a inquirição. 3. Eventual inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa, sendo necessário para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo, o que não ocorreu no presente caso. 4. Constrangimento ilegal não verificado. 5. Agravo regimental improvido. (AgInt no HC 246.968/ES, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 19/04/2016).

No caso dos autos, embora o advogado de um dos corréus tenha efetivamente requerido a realização das perguntas diretamente às testemunhas, não se verifica irresignação da recorrente no que concerne à referida negativa ou mesmo impugnação da defesa em audiência, quanto à não observância ao art. 212 do Código de Processo Penal.

Outrossim, não se desincumbiu de demonstrar em que medida a inversão da ordem de inquirição prejudicou a defesa, ou seja, não apontou de que forma a efetiva observância da norma em tela teria repercutido de forma benéfica na situação processual da paciente. Importante, assentar que não se pode olvidar que o moderno sistema processual penal exige, para o reconhecimento de nulidade, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, o que não se verifica no caso dos autos.

Nesse contexto, não tendo a recorrente demonstrado o efetivo prejuízo, em razão da inversão da ordem de inquirição na audiência de instrução e julgamento ou em virtude da adoção do sistema presidencialista de inquirição, não há se falar em nulidade. Destaque-se que a condenação, por si só, não pode ser considerada como prejuízo, pois, para tanto, caberia à recorrente demonstrar que as nulidades apontadas, acaso não tivessem ocorrido, ensejariam sua absolvição ou a desclassificação da conduta, situação que não se verifica nos autos.

Por fim, no que concerne à alegação de excesso de prazo, correto o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que, "encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo", conforme inteligência do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verbete n. 52 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, em consulta à página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, verifico que a apelação da recorrente foi julgada em 4/5/2016, sendo mantida a segregação cautelar.

Dessa forma, cumpre salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, em 17/2/2016, considerou que a execução da pena, após a confirmação da condenação em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

A propósito, transcrevo a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe 16/5/2016).

Referido entendimento foi confirmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 5/10/2016, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, que deram interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal, bem como em 11/11/2016, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 964.246, com repercussão geral, reafirmando-se, por maioria, a jurisprudência dominante sobre a matéria.

Ao ensejo:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA E DE MANDADO DE PRISÃO PELO MAGISTRADO SINGULAR. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS AGRAVOS INTERPOSTOS CONTRA A DECISÃO QUE NÃO ADMITIU OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência. 2. Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, este Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, afastando as alegações de reformatio in pejus e de necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez que a prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não dependendo da insurgência da acusação. Precedentes. 3. Na espécie, após o julgamento do recurso de apelação e na pendência de exame dos agravos interpostos pela defesa contra a decisão que não admitiu os recursos especial e extraordinário, o magistrado singular determinou a expedição de guia de execução provisória e de mandado de prisão em desfavor do recorrente, procedimento que, à luz do que decidido pela Corte Suprema, não pode ser acoimado de ilegal. (...). (RHC 72.346/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 26/10/2016)

Portanto, com o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, a execução provisória da pena independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e não revela excesso de prazo, porquanto concluso o julgamento pelo Magistrado de origem bem como pelo Tribunal de Justiça. De fato, "diante do superveniente julgamento do recurso de apelação, fica prejudicada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo" (HC 269.343/MA, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 21/08/2014).

Ante o exposto, conheço em parte do recurso em *habeas corpus*, para negar-lhe provimento.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0065641-6

RHC 68.845 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00144607120158080000 001731392 021120108648 100150021382
100150021382201501475362 144607120158080000 201201625542 21120108648

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: RAYANE GOMES DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO	: RAIANE CRISTO LEANDRO - ES023661
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
CORRÉU	: RODRIGO XAVIER DOS SANTOS
CORRÉU	: BENNER BOURGUIGNON COSTA
CORRÉU	: RONALDO DE SOUZA SANTOS
CORRÉU	: JHONATHAN PORTES MARTINS
CORRÉU	: ROBERTO EPIFÂNIA DA PENHA JÚNIOR
CORRÉU	: WELLINGTON DA SILVA COSTA
CORRÉU	: LUIZ CLÁUDIO RIBEIRO PORTO
CORRÉU	: LEANDRO MARQUES MARTINS
CORRÉU	: ANDERSON BORGES PEREIRA
CORRÉU	: BRUNO ALÓQUIO RANGEL
CORRÉU	: ROBSON SANTOS DA SILVA
CORRÉU	: GABRIELA FELIZARDA COSTA
CORRÉU	: WILLIAN AGUIAR DOS SANTOS
CORRÉU	: IVAN NUNES MACHADO

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 recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votaram com o Sr. Ministro Relator.