



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 143.968 - PE (2009/0150726-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : **JOÃO VIEIRA NETO E OUTRO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**
PACIENTE : **JOELSON RIBEIRO DE AZEVEDO JÚNIOR (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006). NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO ESPECÍFICA NA LEI DE DROGAS ACERCA DO PROCEDIMENTO A SER SEGUIDO NA TOMADA DE DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

1. Ao tratar da fase instrutória do rito previsto para a apuração dos crimes de tóxicos, o artigo 57 da Lei 11.343/2006 não descreveu a forma como as inquirições de testemunhas devem ser feitas.

2. Assim, nos termos do artigo 48 da Lei de Drogas, inexistindo disposição específica na legislação especial acerca do procedimento a ser seguido na tomada de depoimentos das testemunhas, o Código de Processo Penal deve ser aplicado subsidiariamente quanto ao ponto.

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. ORDEM DENEGADA.

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 deixou de arguir a eiva no momento oportuno (artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal), a pretensão do impetrante de invalidação da instrução criminal encontra-se fulminada pelo fenômeno da preclusão.

6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 143.968 - PE (2009/0150726-2)

IMPETRANTE : JOÃO VIEIRA NETO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JOELSON RIBEIRO DE AZEVEDO JÚNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de JOELSON RIBEIRO DE AZEVEDO JÚNIOR, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que denegou a ordem no *writ* n. 0188444-0, no qual se objetivava a declaração da nulidade processual nos autos da Ação Penal n. 424.2008.001568-8, do Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ipojuca, a que responde o paciente pela suposta prática do delito disposto no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Afirma o impetrante que o processo penal em comento seria absolutamente nulo, alegando que a audiência de instrução e julgamento se realizou em desacordo com as normas contidas no artigo 212 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei 11.690/2008.

Noticia que também são eivados de vícios os atos decorrentes da redesignação da referida instrução, determinada pela falta de uma das testemunhas arroladas na primeira ocasião, aduzindo que nesta oportunidade a Juíza enveredou por adotar a arcaica ritualística presidencialista, não deixando as partes primeiro fazerem as perguntas, altercando que o magistrado tem obrigação de servir às partes e não concorrer na busca de provas.

Traz à colação atas das referidas sessões, dizendo que aludido procedimento violou o citado dispositivo, assim como o sistema acusatório e o devido processo legal, causando nulidade absoluta do feito, que prescinde da demonstração do efetivo prejuízo e de dilação probatória para o seu reconhecimento.

Pretende, liminarmente, a suspensão do trâmite da ação penal em tela, até o julgamento do mérito da impetração, no qual requer o reconhecimento da nulidade apontada nas audiências de instrução e julgamento, com o relaxamento da prisão do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 180/181.

Prestadas as informações (fls. 186/204), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 205/211, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 143.968 - PE (2009/0150726-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a anulação das audiências de instrução realizadas na ação penal em tela e, conseqüentemente, o relaxamento da prisão do paciente.

Conforme se vislumbra dos elementos trazidos à colação no remédio constitucional em apreço, o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito de tráfico de entorpecentes, extraíndo-se da peça acusatória os seguintes trechos:

"No dia 18 de setembro de 2008, por volta das 14 horas, na estrada de acesso a Porto de Galinhas, o denunciado foi flagrado transportando 75 (setenta e cinco) gramas de cocaína.

A droga encontrava-se no interior do veículo FIAT Pálio, cor cinza, Placa KLJ-1245, que era conduzido pelo denunciado. O laudo pericial constante dos autos comprova que a substância encontrada em poder do acusado trata-se de cocaína.

Relevante frisar que consta do Inquérito Policial haver o acusado confessado ser traficante, bem como que portava a substância entorpecente com fins de comercialização.

Em síntese, o acusado foi flagrado realizando transporte de cocaína para fins de comercialização." (fls. 21/22).

Ofertada defesa preliminar (fls. 30/44), a peça vestibular foi recebida pela autoridade judicial em 25.11.2008 (fls. 62/63), sendo realizadas as audiências de instrução em 29.01.2009 (fls. 64/69) e 23.03.2009 (fls.70/75), após as quais a defesa apresentou suas alegações finais (fls. 134/149).

Em seguida, por vislumbrar a nulidade das audiências de instrução, impetrou *mandamus* perante a Corte de origem, que denegou a ordem em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL. NÃO OBEDIÊNCIA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATUAL SISTEMA ACUSATORIO IMPOSTO PELA LEI Nº 11.690/2008. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA. I-Os processos criminais relativos à prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, são regidos por lei especial (Lei nº 11.343/2006), que estabelece rito processual próprio, em razão de que não se aplica, na espécie, a nova sistemática processual estabelecida pela Lei nº 11.690/2008, que alterou o Código de Processo Penal. II-A não demonstração de efetivo prejuízo à defesa, impossibilita o acolhimento de eventual arguição de nulidade processual, mormente quando alegada a destempo. IV-Ordem denegada. Decisão unânime." (fl. 158).

Diante da ausência de juntada aos autos de certo laudo pericial, a magistrada responsável pelo feito determinou que, após a sua anexação ao processo, as partes elaborassem novas alegações finais ou ratificassem as já apresentadas (fl. 396), oportunidade em que a defesa reiterou a peça anteriormente apresentada, acrescentando, contudo, preliminar de nulidade absoluta do processo devido a não realização da instrução criminal com base no artigo 212 do Código de Processo Penal (fls. 223/250).

Pois bem. Antes de mais nada, é preciso analisar se, tal como consignado pela autoridade apontada como coatora, o novo modelo de inquirição de testemunhas introduzido no Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008 não é, de fato, aplicável ao procedimento previsto na Lei 11.343/2006.

Ao tratar da fase instrutória do rito previsto para a apuração dos crimes de tóxicos, o artigo 57 da Lei 11.343/2006 assim preceitua:

"Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz. Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante."

Da leitura do referido dispositivo legal, depreende-se que conquanto a Lei de Drogas tenha estabelecido uma ordem para a implementação dos atos na audiência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de instrução e julgamento, não descreveu a forma como as inquirições de testemunhas devem ser feitas.

Assim, nos termos do artigo 48 da Lei 11.343/2006, inexistindo disposição específica na legislação especial acerca do procedimento a ser seguido na tomada de depoimentos das testemunhas, o Código de Processo Penal deve ser aplicado subsidiariamente quanto ao ponto.

Por conseguinte, o artigo 212 da Legislação Instrumental é perfeitamente aplicável ao procedimento especial dos crimes de tóxicos, no qual não existe, como visto, norma própria no tocante ao sistema de oitiva das testemunhas.

A propósito, confira-se o seguinte julgado desta colenda Quinta Turma no qual se afastou a alegada nulidade no procedimento previsto na Lei de Drogas:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INSTRUÇÃO CRIMINAL. INQUIRÇÃO DIRETA DAS TESTEMUNHAS PELO MAGISTRADO. FACULDADE CONCEDIDA AO DEFENSOR. NULIDADE NÃO ARGÜIDA NO MOMENTO OPORTUNO. INFLUÊNCIA DAS RESPOSTAS DAS TESTEMUNHAS NA FORMAÇÃO DA VERDADE SUBSTANCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO SEM INCURSÃO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NULIDADE RELATIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. Na hipótese, as instâncias ordinárias asseveraram que foi oportunizado ao defensor da acusada inquirir diretamente as testemunhas, mas que ele não se valeu dessa faculdade, nem tampouco se insurgiu quanto à nulidade apontada neste writ no momento adequado, qual seja, logo após a colheita da prova.

(...)

III. Esta Corte vem decidindo que a inquirição direta das testemunhas pelo Juiz, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, não causa constrangimento ilegal ao acusado por configurar, no máximo, uma nulidade relativa e, por consequência, não se procede à anulação do ato.

IV. Ordem denegada.

(HC 166.527/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 08/06/2011)

Superada a controvérsia relativa à incidência subsidiária do artigo 212 do Código Instrumental à Lei 11.343/2006, resta examinar a ocorrência, ou não, da nulidade apontada pelos impetrantes.

A Lei nº 11.690, que entrou em vigor a partir de 9 de agosto de 2008,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

introduziu algumas modificações no regulamento da prova testemunhal, dando nova redação ao art. 212 do Código de Processo Penal nos seguintes termos:

“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”.

Da leitura do mencionado dispositivo, observa-se que as alterações promovidas pela referida legislação trouxeram o método de exame direto e cruzado da prova oral utilizado também na Inglaterra e na Itália, abolindo o sistema presidencial quanto à formulação das perguntas e reperguntas por parte do juiz, adotando, assim, o sistema adversarial anglo-americano, consistente primeiramente no *direct-examination* - por parte de quem arrolou - e posteriormente no *cross-examination* - oportunizando-se a inquirição pela parte contrária -, de tal sorte que ao magistrado cabe apenas a complementação da colheita da prova oral sobre os pontos não esclarecidos, ao final, caso entenda necessário.

Embora seja certo que no julgamento de casos semelhantes este Relator posicionou-se no sentido de que a inobservância da inovação legislativa citada importaria em eiva absoluta do ato, um aprofundamento no estudo dos institutos de Direito Processual Penal aplicáveis à espécie demonstra a necessidade de revisão do entendimento até então defendido, filiando-me à corrente que prevalece no âmbito dos Tribunais Superiores.

Isto porque, 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.

Assim, para a declaração da nulidade de determinado ato processual, não basta a mera alegação da ausência de alguma formalidade na sua execução, sendo imperiosa, repita-se, a demonstração do eventual prejuízo concreto suportado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parte na sua omissão, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, conforme dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, confira-se lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

"Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: pas de nullité sans grief." (As nulidades no processo penal. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29).

Embora seja certo que a citada inovação legislativa tenha se aproximado do sistema acusatório, a iniciativa da inquirição das testemunhas diretamente pelo magistrado, por si só, não é capaz de macular o ato processual, já que a sua finalidade foi alcançada com colheita da prova regularmente submetida ao crivo do contraditório, não havendo ofensa, portanto, ao devido processo legal constitucionalmente garantido.

Nessa ordem de ideias, eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal cuida-se de vício relativo, o qual deve ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração da ocorrência efetiva do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto 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.

A propósito, MAGALHÃES NORONHA observa:

*"O princípio básico do Código é enunciado logo de início no título referente às nulidades: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa' (art. 563). É o **pas de nullité sans grief**. Não existe nulidade desde que da preterição legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Este inexistente quando foi alcançado o fim que a lei tem em vista. Tanto ele pode ocorrer em relação ao acusador, como ao acusado ou à Justiça.*

"Não é ele, em regra, presumível, demonstra-se.

"A razão ou fundamento desse princípio é natural e fácil de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encontrar-se: é que a decretação da nulidade - lembrando-nos agora da aplicação da pena - é um mal, devendo, então, reservar-se para aqueles casos em que realmente legítimos interesses das partes ou da Justiça foram lesados.

"A demonstração do prejuízo faz-se pelo raciocínio ou pelos meios ordinários de prova. A demonstração por aquele dispensa estes, pois trata-se, então, de fato notório e evidente. Na maior parte das vezes é ele demonstrado por essa forma, isto é, pelo raciocínio. Quando assim não aconteça, incumbe ao prejudicado a demonstração do prejuízo, pelos meios usuais de prova: testemunhas, documentos, exames etc." (Curso de direito processual penal. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 440).

Por oportuno, colaciona-se o seguinte julgado deste Sodalício:

"CRIMINAL. HC [...] NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA INTEGRAL DE DEFENSOR [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

"No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no Processo Penal, a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, prejuízo concreto e objetivo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

"[...]".

"Precedentes desta Corte.

"Ordem denegada" (HC nº 63.368/MG, rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 14-11-2006, publicado no DJ de 4-12-2006, p. 349).

A sustentar que o magistrado que não observa as alterações promovidas pela Lei nº 11.690/08 no art. 212 do Código de Processo Penal incorre em nulidade relativa, destaca-se o posicionamento doutrinário de Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

"a) qualquer dos sistemas escolhidos não autoriza, em hipótese alguma, considerar o outro como falha irreparável ao processo, logo, nulidade absoluta. Adotar essa visão significa um retrocesso inimaginável na estrutura do moderno processo penal brasileiro, que busca celeridade, economia processual e respeito aos direitos individuais. Pregar a nulidade de toda a instrução porque o juiz inquiriu em primeiro lugar e as parte, depois; ou porque as partes o fizeram em primeiro plano e o magistrado, na sequencia,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*quer demonstrar ser o processo um fim em si mesmo. Não se trataria de um meio para se conseguir a aplicação da lei penal com justiça, respeitado o devido processo legal. Tratar-se-ia de privilegiar o rito, conferindo-lhe vida própria, a despeito de absolutamente nenhum prejuízo resultar às partes. Um depoimento colhido por todos os atuantes na audiência, constituído por conteúdo irreparável, detalhado e rico em elementos para apuração da verdade, jamais merecerá ser anulado e refeito porque houve pretensa 'inversão' na ordem de inquirição, em particular quando essa disputa advém de texto de lei mal redigido, com dupla interpretação doutrinária e sem envolver dano algum à acusação ou à defesa" (**Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 484 e 485).*

Ademais, a respeito do tema, cumpre ressaltar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* 103.525/PE, de relatoria da Excelentíssima Senhora Ministra Carmen Lúcia, entendeu que a inversão na ordem das perguntas formuladas às testemunhas não alteraria o sistema acusatório, ressaltando tratar-se de eiva relativa, cujo reconhecimento somente seria possível com a demonstração do concreto prejuízo sofrido pela parte, consoante veiculado no Informativo nº 594, de 2 a 6 de agosto de 2010, da Corte Constitucional:

"Audiência de Instrução: Inversão na Formulação de Perguntas e Nulidade

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Tal entendimento, inclusive, também é o adotado em inúmeros julgados desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PARCIALIDADE DO JUIZ. NÃO CONFIGURAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA PRONÚNCIA. LEGALIDADE. INQUIRição 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.

"[...]".

"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 180.787/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 14/02/2011).

Não diverge o seguinte julgado da Colenda Sexta Turma:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RESISTÊNCIA. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. REGULARIDADE. USO DE ALGEMAS JUSTIFICADO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO CAUTELAR MOTIVADA.

"[...]".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

"5. 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.

"6. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP: "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa."

"[...].

"9. Ordem denegada".

(HC 151.357/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010).

De igual teor, cita-se:

"HABEAS CORPUS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP, ALTERADO PELA LEI Nº 11.690/08. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A inversão da ordem de inquirição direta das testemunhas previsto no art. 212 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.690/08, não altera o sistema acusatório.

2. Sem a oportuna alegação e a devida demonstração de efetivo prejuízo, como na espécie, não há falar em nulidade, muito menos absoluta.

3. Precedentes da 6ª Turma e do STF.

4. Ordem denegada.

(HC 133.654/DF, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 31/08/2010, DJe 20/09/2010).

Da leitura da ata das audiências de instrução e julgamento acostadas às fls. 64/69 e 70/75, não obstante o Juiz tenha formulado, ele próprio, perguntas às testemunhas e somente após tenha passado a palavra para o representante do órgão ministerial e para a defesa, observa-se que não houve qualquer impugnação do patrono do paciente acerca da inobservância da alteração legal promovida pela Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.690/2008 no momento da realização dos referidos atos, de tal sorte que a eiva apenas foi suscitada por ocasião do aditamento às alegações finais (fls. 228/240), circunstâncias que evidenciam que a matéria encontra-se sanada pelo instituto da preclusão.

Isto porque, nos termos do art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, as nulidades ocorridas em audiência deverão ser arguidas assim que ocorrerem.

Sobre o tema, confira-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

"O instituto da preclusão decorre da própria essência da atividade processual; processo, etimologicamente, significa 'marcha adiante' e, sendo assim, não teria sentido admitir-se que a vontade das partes pudesse, a qualquer momento, provocar o retrocesso a etapas já vencidas no curso procedimental; daí a perda, extinção ou consumação das faculdades concedidas às partes, sempre que não for observada a oportunidade legal para a prática de determinado ato ou, ainda, por haver o interessado realizado ato incompatível com outro." (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 30.)

Constatando-se, então, que a defesa do paciente apenas arguiu a eiva nas alegações finais, ou seja, após o termo fixado em lei para a manifestação da irresignação contra o ato que entende maculado, a pretensão do impetrante de invalidação da instrução criminal encontra-se fulminada pelo fenômeno da preclusão.

O Tribunal *a quo*, inclusive, afastou a alegada nulidade por ocasião do julgamento do anterior *writ*, nos seguintes termos:

"De outra parte, os impetrantes, em nenhum momento no curso do processo, arguíram dita nulidade, como bem salientou a juíza processante ao prestar informações (fls. 93/94):

(...)

Consta dos autos (fls. 123/138) alegações finais apresentadas pelos impetrantes, na qual requerem apenas a desclassificação do crime e, alternativamente, a aplicação da pena-base em seu mínimo legal, não sendo levantada, em nenhum momento, qualquer mácula na instrução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal passível de nulidade.

Ademais, sabe-se que o direito processual penal é regido pelo princípio 'pas de nullité sans grief', segundo o qual, para que reste configurada a nulidade, o recorrente deve demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, o que, além de inoportunizar, sequer foi ventilado." (fls. 161/162.)

Além disso, em que pese a oitiva das testemunhas não ter sido procedida com perguntas feitas direta e primeiramente pelo Ministério Público e depois pela defesa, certo é que, conforme já afirmado, o ato cumpriu 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, observando-se, portanto, o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente.

Assim, não havendo a arguição tempestiva da matéria pela defesa e tampouco a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pelo paciente - já que a defesa limitou-se a sustentar que a nulidade em apreço seria absoluta -, não há que se falar em invalidação do ato como requerido na impetração.

Ante o exposto, **denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0150726-2

HC 143.968 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1884440 424200800015685

EM MESA

JULGADO: 27/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOÃO VIEIRA NETO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JOELSON RIBEIRO DE AZEVEDO JÚNIOR (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, denegou a ordem."

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