



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.094 - DF (2009/0099197-7)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : DOMINGOS SÁVIO JOSÉ DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI Nº 11.690/08. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. 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.

2. A nova lei objetivou não somente simplificar a colheita de provas, mas procurou, principalmente, garantir mais neutralidade ao magistrado e conferir maiores responsabilidades aos sujeitos parciais do processo penal, que são, na realidade, os grandes interessados na produção da prova.

3. No caso, observa-se que o Juiz primeiro grau concedeu às partes a oportunidade de questionar as testemunhas diretamente. A ausência dessa fórmula gera nulidade absoluta do ato, pois se cuida de regramento jurídico cogente e de interesse público.

4. 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.

5. 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.

6. **Habeas corpus** denegado, cassando-se a liminar anteriormente deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, cassada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.094 - DF (2009/0099197-7)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Domingos Sávio José da Silva, contra acórdão proferido pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que negou provimento à Reclamação proposta pelo Ministério Público.

Eis a ementa do acórdão hostilizado:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCESSO PENAL. RITJDFT. DEVIDO PROCESSO LEGAL E SISTEMA ACUSATÓRIO. ARTIGOS 5º. LIV E 129, I, DA CARTA MAGNA. ART. 212, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 84, II, DO REGIMENTO INTERNO. PREJUÍZO PARA O RECLAMANTE. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO NA AUDIÊNCIA, INCLUSIVE, REINQUIRINDO TESTEMUNHAS. RECURSO DESPROVIDO.

1. O novo texto do art. 212, do código de processo penal, esclareceu que as indagações, doravante, serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, e o parágrafo único, de forma incontroversa, ser a inquirição pela autoridade judiciária complementar.

2. No presente caso, a audiência foi realizada, e, em virtude das respostas dadas pelas testemunhas, não se percebe o mínimo indício de comportamento irregular por parte do magistrado, que formulou perguntas sobre os meios, motivo e oportunidade utilizados pelo réu para cometer o delito. Dela participaram o d. promotor de justiça e a d. defesa técnica do réu, inclusive, formulando indagações. Não se percebe ter sido imparcial a autoridade judiciária.

3. Além do mais, conforme inciso II, do art. 184, do RITJDFT, exige-se, para acolhimento da reclamação, que do ato processual surja dano irreparável ou de difícil reparação para o reclamante, situação fática que não ocorreu, pois, conforme realçado, da audiência participou o d. promotor de justiça, inclusive, também reinquirindo as testemunhas.

4. Nenhuma ofensa aos arts. 5º, LIV e 129, I, da Constituição Federal.

5. recurso desprovido. (fl. 65)

Consta nos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 129, **caput**, do Código Penal, na forma culposa, c/c o art. 302, IV, e art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

303, **caput**, da Lei n.º 9.503/97.

Instaurada a ação penal e designada audiência para produção de prova oral, o Magistrado singular comunicou às partes que deixaria de aplicar a nova sistemática processual prevista no art. 212 do Código de Processo Penal.

Diante disso, o órgão ministerial propôs Reclamação junto ao TJDFT apontando **error in procedendo**, sendo o pleito improvido, por unanimidade de votos, sob o fundamento de que a inversão da ordem de inquirição das testemunhas, na audiência de instrução, não causou prejuízo às partes.

Daí o presente *writ*, no qual se alega a nulidade absoluta do referido ato processual, por inobservância das regras contidas no art. 212 do CPP, na redação dada pela Lei nº 11.690/08, uma vez que houve inversão na ordem de formulação das perguntas, o que enseja nulidade absoluta, sendo prescindível, portanto, a demonstração do efetivo prejuízo.

A liminar foi deferida para sobrestar a ação penal até o julgamento definitivo deste *writ*.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.094 - DF (2009/0099197-7)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): A Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, introduzindo uma nova metodologia de inquirição das testemunhas, ao prever que "as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiveram relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida."

A referida lei incluiu, ainda, o parágrafo único ao art. 212, dispondo que apenas sobre "pontos não esclarecidos" é lícito ao magistrado "complementar a inquirição."

Com efeito, afastou-se o sistema tradicional de produção da prova oral, adotando-se, agora, 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.

Diante disso, surgiu a indagação: o parágrafo único da referida norma processual inverteu a ordem de formulação de perguntas às testemunhas, ou ela permanece a mesma? Vale dizer, o juiz ainda possui o poder de inquirir primeiro ou a reforma alterou a ordem para preservar-lhe maior imparcialidade?

Sobre o tema, colho a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Tal inovação, entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. A nova redação dada ao art. 212 manteve o básico. Se, antes, dizia-se que "as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha", agora se diz que "as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha (...)". Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado. Porém, quanto às perguntas das partes (denominadas reperguntas na prática forense), em lugar de passarem pela intermediação do juiz, serão dirigidas diretamente às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunhas. Depois que o magistrado esgota suas indagações, passa a palavra à parte que arrolou a pessoa depoente. Se se trata de testemunha da acusação, começa a elaborar as reperguntas o promotor, diretamente à testemunha. Tratando-se de testemunha da defesa, começa a reinquirição o defensor, diretamente à testemunha. Após, inverte-se. Finalizadas as perguntas do promotor à testemunha de acusação, passa-se a palavra ao defensor (se não houver assistente de acusação, que tem precedência). O mesmo se faz quando o defensor finaliza com a sua inquirição; passa-se a palavra ao promotor e, depois, ao assistente, se houver." (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal comentado, 8ª edição, São Paulo: RT, 2008, p. 479/480).

Comungam de idêntico pensamento, Luís Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

A leitura apressada deste dispositivo legal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Não parece ser exatamente assim. Basta ver, por exemplo, a redação do art. 188 do CPP, a determinar que, no interrogatório, de início as perguntas são formuladas pelo juiz que, depois, consultará às partes se há algo a ser esclarecido. E mesmo a atual redação do art. 473 do CPP, que, no plenário do júri, determina a primazia do juiz de colher o depoimento da vítima e das testemunhas, para depois facultar às partes a formulação de perguntas. Afrontaria mesmo nossa tradição conceder-se, desde logo, a palavra às partes, para que o juiz, por último, pudesse perguntar à testemunha. Melhor que fiquemos com a fórmula tradicional, arraigada na "praxis" forense, pela qual o juiz dá início às suas indagações para, depois, facultar às partes a possibilidade de, também, inquirirem a testemunha, desta feita diretamente, sem a necessidade de passar, antes pelo filtro judicial". (Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito. São Paulo: RT, 2008, p. 302).

A propósito, veja-se, ainda, o comentário de Damásio de Jesus, **in verbis**:

De ver que, pelo disposto no parágrafo único, o Juiz será o último a formular as perguntas, abordando pontos não esclarecidos. Entendemos que o magistrado, em que pese a redação do preceito citado, pode formular perguntas a qualquer momento, até porque tal proceder não terá o condão de gerar nulidade processual. (De Jesus,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Damásio E., Código de Processo Penal Anotado, Ed. Saraiva, 23ª Ed., 2009, pg. 191)

Outra corrente doutrinária e jurisprudencial sustenta que, apesar de presidir a audiência, o magistrado não inicia a inquirição das testemunhas, devendo deixar tal tarefa às partes, cabendo-lhe tão somente complementar a atividade probatória, se restarem pontos ainda a ser esclarecidos.

Aliás, esse entendimento - de que o juiz somente poderia perguntar depois das partes - foi acolhido pela Quinta Turma desta Corte, no julgamento do HC 121.216/DF, Relator o Ministro Jorge Mussi, conforme se vê pela leitura do seguinte trecho do voto condutor, **litteris**:

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).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 elegeu 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimento administrativo, inclusive aos militares, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expreso" (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 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 lembrar 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.***

Eis a ementa do referido acórdão:

HABEAS CORPUS. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 necessários esclarecimentos.*
- 2. 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.*
- 3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.*
- 4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP. (HC 121.216/DF, Relator o Ministro Jorge Mussi, julgado em 16.05.2009).*

Não há dúvida que a nova lei objetivou não somente simplificar a colheita de provas, mas procurou, principalmente, garantir maior neutralidade ao magistrado e conferir mais responsabilidades aos sujeitos parciais do processo penal, que são, na realidade, os grandes interessados na produção da prova.

No caso, observa-se que o Juiz primeiro grau concedeu às partes a oportunidade de questionar as testemunhas diretamente. A ausência dessa fórmula gera nulidade absoluta do ato, pois se cuida de regramento jurídico cogente e de interesse público, portanto, seu descumprimento afeta os princípios do devido processo legal, da economia e celeridade processual, bem como da prestação jurisdicional justa e imparcial.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

A propósito, Marcelo Polastri Lima (Manual de Processo Penal, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, pág. 867), explicita o seguinte:

Na verdade, a melhor forma de se identificar uma nulidade relativa é por eliminação, ou seja, não sendo a nulidade absoluta, por ser assim cominada ou por violar ou transgredir o interesse público, e, não sendo caso de mera irregularidade, teremos a nulidade relativa. E o que vai nortear a diferenciação é o chamado princípio do prejuízo, como bem identifica José Barcelos de Souza:

É que, não ferido o interesse público nem estabelecida a nulidade expressamente pelo legislador, o princípio da relevância das formas é temperado pelo princípio do prejuízo (irrelevância por falta de prejuízo)... desse modo, inexistirá nulidade relativa (e o defeito será considerado apenas como irregularidade) se ela vier a ser excluída pela incidência do princípio da instrumentalidade. O Código de Processo Penal esposou expressamente a regra do prejuízo, art. 563, mercê da maior cópia de regras jurídicas protetoras de interesses das partes, notadamente do réu... a máxima do prejuízo não funciona como uma impeditiva, vale dizer, não se aplica como obstáculo à declaração de uma nulidade, mas, antes, constitui o grande divisor de águas que separa nulidades relativas de meras irregularidades, em se tratando de formalidades estabelecidas no interesse de qualquer das partes... (SOUZA, José Barcelos. Direito Processual Civil e Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1995, págs. 122-123).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, várias vezes, que a mera inversão da ordem de atos procedimentais, por si só, não enseja nulidade do feito. **Mutatis mutandis**, destaco os seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INVERSÃO DA ORDEM DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PREJUÍZO NÃO-DEMONSTRADO PELA DEFESA. EXCESSO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRAZO. PREJUDICADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

- 1. A inversão na ordem de oitiva dos depoimentos das testemunhas de acusação e defesa não gera nulidade, especialmente se não for demonstrado nenhum prejuízo para o paciente. Precedentes do STJ.*
- 2. Proferida sentença, resta prejudicado o habeas corpus na parte em que se alegava excesso de prazo para formação da culpa.*
- 3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC 83758/MT, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 03/08/2009)*

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. LEI. N. 10.409/02. INTERROGATÓRIO PRELIMINAR. REALIZAÇÃO ANTES DA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. INVERSÃO PROCEDIMENTAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DA DEFESA. PREJUÍZO NÃO EVIDENCIADO. 2. INTERROGATÓRIO PRELIMINAR. NOVA LEGISLAÇÃO. EVENTUAL ANULAÇÃO INÓCUA. 3. ORDEM DENEGADA.

- 1. Não há que se falar em nulidade decorrente da inversão dos atos processuais, com a realização de interrogatório preliminar antes da defesa preliminar, ainda mais se efetivada em virtude de pedido da própria defesa.*
- 2. Não se decreta a nulidade do feito para determinar a realização de medida pré-processual - interrogatório preliminar da Lei n. 10.409/02 se não haverá qualquer modificação na nova realização de atos, visto que a atual legislação não mais prevê o interrogatório preliminar, mas apenas a defesa escrita, a qual foi inicialmente apresentada.*
- 3. Ordem denegada. (HC 65838/BA, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 18/05/2009)*

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. REITERAÇÃO DE PEDIDO. PREJUDICADO. OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO NA ORDEM DOS DEPOIMENTOS. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU. CONTINUIDADE DELITIVA. ALEGAÇÃO DE FRAGILIDADE DE PROVAS QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ESTREITA DO WRIT.
(...)*

II - De outro lado, com relação à alegada nulidade pela inversão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*ordem de oitiva de testemunha, ressalte-se que a e. Corte a quo, quando da análise do recurso de apelação, observou a inocorrência da mencionada inversão, tendo em vista que tal oitiva foi providência requerida pelo assistente de acusação, na fase do art. 499 do Código de Processo Penal. Além do mais, cumpre asseverar que, inexistindo prejuízo efetivo para o acusado, a mera inversão da ordem dos depoimentos não enseja nulidade do feito (Precedentes).
(...) (HC 90055/PR, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe 23/06/2008)*

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."

Na hipótese, em nenhum momento, o impetrante explica qual o prejuízo causado à acusação ou à defesa pelo fato de o juiz haver iniciado as perguntas às testemunhas ouvidas, até porque sustenta, o tempo todo, a tese de que se cuida de nulidade absoluta.

De qualquer forma, **ad argumentandum**, impõe-se notar que me filio ao entendimento de que "a ocorrência de condenação não demonstra, por si, a relação causal exigida no verbete da Súmula nº 523/STF", nem "transforma a natureza do **error in procedendo**. Caso contrário, todos os erros, nas hipóteses de condenação, seriam sempre de cunho absoluto. E, a nulidade relativa passaria a ser mero elemento ou ornato de taxionomia teórica, sem qualquer utilidade prática." (HC 34.611/SC, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJ 08/11/2004)

Nesse sentido:

Não é suficiente o simples fundamento de que a condenação do paciente presume o seu prejuízo, pois, em sede de nulidade relativa, é imprescindível a demonstração concreta da lesão sofrida pela Defesa. Aplicação do princípio "pas de nullité sans grief". (HC 27221/PR, Relator(a) Ministra LAURITA VAZ, DJ 04/08/2003)

Diante do exposto, denego a ordem de **habeas corpus**, cassando a liminar anteriormente deferida, que havia suspenso o curso regular do processo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0099197-7

HC 137094 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1872172006 20060710187217 20080020126722

EM MESA

JULGADO: 18/02/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : DOMINGOS SÁVIO JOSÉ DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Trânsito

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, cassada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 18 de fevereiro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário