



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 95.131 - BA (2018/0038557-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : **DIEGO JORGE ROCHA SANTOS**
ADVOGADO : **ALOISIO FREIRE SANTOS E OUTRO(S) - BA039758**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que a decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo por aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*.

2. O Recorrente não logrou demonstrar qual o prejuízo experimentado em razão da inversão da ordem das testemunhas, restringindo-se a sustentar a violação ao art. 400 do Código Penal – CP e afirmar que a condenação se deu com fundamento na prova oral colhida.

3. A matéria em análise não foi suscitada em sede de alegações finais, atraindo a aplicação do art. 571, inciso II, do Código de Processo Penal – CPP, estando, portanto, preclusa.

4. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 95.131 - BA (2018/0038557-0)

AGRAVANTE : DIEGO JORGE ROCHA SANTOS
ADVOGADO : ALOISIO FREIRE SANTOS E OUTRO(S) - BA039758
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão de minha lavra, na qual neguei provimento ao Recurso em *habeas corpus* nos seguintes termos:

Cuida-se de recurso ordinário em habeas corpus, com pedido liminar, interposto por DIEGO JORGE ROCHA SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pela prática do crime de roubo qualificado pela lesão grave (art. 157, §3º, primeira parte). Após o julgamento da apelação, a condenação transitou em julgado.

Irresignada, a defesa impetrou habeas corpus perante o Tribunal de origem, o qual denegou a ordem em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL LATROCÍNIO NA FORMA TENTADA (ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, C/C ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). ALEGATIVAS DE NULIDADE ABSOLUTA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL E, CONSEQUENTEMENTE, DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, EM OFENSA AOS ARTIGOS 400 E 564, INCISO IV, AMBOS DO CPP, ANTE A INVERSÃO NA OITIVA DAS TESTEMUNHAS E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. NÃO CONHECIMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. MANEJO DA VIA ESTREITA DO WRIT COMO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL PASSÍVEL DE SER SANADO DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I - Cuida-se de ação de Habeas Corpus impetrada pelos advogados Dr. José Maurício Vasconcelos Coqueiro (OAB/BA: 10.439), Dr. Milton Jordão de Freitas Pinheiro Gomes (OAB/BA: 17.939), Dr. Fabiano Vasconcelos Dias (OAB/BA: 22.716), Dr. Rafael Fonseca Teles (OAB/BA: 29.116) e Dr. Aloisio Freire Santos (OAB/BA: 39.758), em favor de Diego Jorge Rocha Santos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA.

II - Extraí-se da exordial que fora impetrado Habeas Corpus anterior sob nº 0022550-81.2017.805.0000, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecido in limine, alegando, na oportunidade, a mesma matéria do presente mandamus. Posteriormente, a questão foi levada ao Superior Tribunal de Justiça, não havendo análise meritória, por entender o Ministro Relator que, por não ter a nulidade alegada sido discutida por este Tribunal de Justiça, haveria supressão de instância, pelo que sustentam os impetrantes a competência desta Corte para o processamento do writ. Exsurge dos fólios, ademais, que o paciente e outros dois elementos foram denunciados por terem, no dia 25/07/2011, na Avenida Garibaldi, município de Salvador, abordado a vítima Ludmila Araújo Carneiro, que se encontrava parada em um semáforo, anunciando-lhe assalto, tendo como resultado um disparo de arma de fogo que atingiu a ofendida na cabeça, causando-lhe lesão permanente da função auditiva. Consta, ainda, que o paciente foi condenado, em 13/10/2015, pela prática do delito previsto no art. 157, §3º, segunda parte, c/c art. 14, II, do Código Penal.

III - Alegam os impetrantes, em sua peça vestibular (fls. 02/11), a existência de nulidade absoluta na instrução criminal e, conseqüentemente, da sentença condenatória, por ofensa aos artigos 400 e 564, inciso IV, do CPP, ante a inversão na oitiva das testemunhas, violando o devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Sustentam, assim, a anulação da audiência realizada em 01/10/2013, nos autos da ação penal tombada sob nº 0321996-12.2013.8.05.0001, e de todos os atos posteriores, aduzindo a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas.

IV - Informes judiciais noticiam o andamento processual, com citação do paciente em 02 de abril de 2013, tendo apresentado resposta à acusação em 10 de abril de 2013. Em audiência, no dia 1º de outubro de 2013, foram ouvidas a vítima, as testemunhas de acusação presentes (Vitor Leonardo Mendes e Adalardo Sousa Carneiro) e as testemunhas de defesa do denunciado Thiago Silva de Oliveira (Gleide, Joselita e Marizete), ausentes os policiais arrolados na denúncia. Após, foi designada audiência para continuação da instrução para o dia 24 de outubro de 2013, onde foram ouvidos os policiais (Cândido e Mário) e as testemunhas de defesa de Hamilton Augusto Borges Alves Junior (Tamires e Pedro), ocorrendo nova assentada em 21 de novembro de 2013. Na referida data, foi ouvida uma testemunha de defesa (Rodrigo). Em 17 de dezembro de 2013, foram ouvidas testemunhas da defesa do paciente (Igor e Madson) e, por fim, todos os acusados, concluindo a instrução processual. Ressalta a autoridade indigitada como coatora que, em momento algum, houve insurgência da Defesa contra a ordem da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

produção da prova. Contra a sentença penal condenatória, o paciente e os corréus interpuseram recursos de Apelação e, tendo sido acolhido erro material apontado pelo Ministério Público, a pena dos réus foi corrigida, tendo a defesa do paciente apresentado novas razões. Esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, então, negou provimento aos apelos defensivos, reduzindo, de ofício, a pena de Thiago, que ingressou com recurso Especial, inadmitido por este Tribunal de Justiça, tendo agravado da referida decisão e obtido êxito. O Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso, tendo a decisão transitado em julgado em 06 de março de 2017. Em relação aos demais acusados, incluindo-se o paciente, houve trânsito em julgado em 5 de abril de 2017. Especificamente em relação ao paciente Diego Jorge Rocha, o seu mandado de prisão já fora cumprido, expedindo-se, também, a respectiva guia de execução definitiva, encontrando-se, portanto, em cumprimento de pena, cujo processo de execução tramita na 2ª Vara de Execuções Penais da Comarca de Salvador, tombado sob nº 0326790-37.2017.8.05.0001.

V - As alegativas de existência de nulidade absoluta na instrução criminal e, conseqüentemente, da sentença condenatória, por ofensa aos artigos 400 e 564, inciso IV, do CPP, ante a inversão na oitiva das testemunhas, violando o devido processo legal, contraditório e ampla defesa e de possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas não devem ser conhecidas. Isto porque, da análise dos fólios, constata-se que a presente impetração insurge-se contra sentença condenatória já transitada em julgado, utilizando-se os impetrantes, portanto, do habeas corpus como sucedâneo recursal, o que não se pode admitir, em consonância com o entendimento reiterado dos Tribunais pátrios.

VI - Embora não seja possível conhecer do Habeas Corpus impetrado como substitutivo de ação de impugnação autônoma própria, é sabido que, na hipótese de verificação de flagrante ilegalidade, tem-se flexibilizado tal entendimento para viabilizar o saneamento de ofício, o que não se depreende in casu. Registre-se, ainda, que, neste Tribunal de Justiça, o órgão competente para processar e julgar a Revisão Criminal, onde já houve apelação julgada, é a Seção Criminal, diferentemente da ação de Habeas Corpus, que tem seu processamento perante a Turma, havendo, portanto, incompetência do presente órgão fracionário para o conhecimento da matéria.

VIII - Parecer Ministerial pelo não conhecimento da ordem.

IX - Ordem não conhecida (fls. 86).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente recurso, sustenta a existência de nulidade absoluta na ação penal originária em razão da inversão da ordem da oitiva das testemunhas. Alega que é possível que o Tribunal de origem conheça da matéria em habeas corpus, não sendo necessária o ajuizamento da revisão criminal.

Requer, assim o provimento do recurso para determinar que o TJBA analise o mérito da impetração originária.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo desprovimento do recurso, conforme parecer de fls. 121/124.

É o relatório.

Decido.

Conforme relatado, a irresignação do recorrente decorre da inversão na ordem das oitivas das testemunhas, o que violaria o art. 400 do Código de Processo Penal. O Tribunal de origem não conheceu da impetração tendo o voto condutor do acórdão destacado o seguinte:

Informes judiciais noticiam o andamento processual, com citação do paciente em 02 de abril de 2013, tendo apresentado resposta à acusação em 10 de abril de 2013. Em audiência, no dia 1º de outubro de 2013, foram ouvidas a vítima, as testemunhas de acusação presentes (Vitor Leonardo Mendes e Adalardo Sousa Carneiro) e as testemunhas de defesa do denunciado Thiago Silva de Oliveira (Gleide, Joselita e Marizete), ausentes os policiais arrolados na denúncia. Após, foi designada audiência para continuação da instrução para o dia 24 de outubro de 2013, onde foram ouvidos os policiais (Cândido e Mário) e as testemunhas de defesa de Hamilton Augusto Borges Alves Junior (Tamires e Pedro), ocorrendo nova assentada em 21 de novembro de 2013. Na referida data, foi ouvida uma testemunha de defesa (Rodrigo). Em 17 de dezembro de 2013, foram ouvidas testemunhas da defesa do paciente (Igor e Madson) e, por fim, todos os acusados, concluindo a instrução processual. Ressalta a autoridade indigitada como coatora que, em momento algum, houve insurgência da Defesa contra a ordem da produção da prova. Contra a sentença penal condenatória, o paciente e os corréus interpuseram recursos de Apelação e, tendo sido acolhido erro material apontado pelo Ministério Público, a pena dos réus foi corrigida, tendo a defesa do paciente apresentado novas razões. Esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, então, negou provimento aos apelos defensivos, reduzindo, de ofício, a pena de Thiago, que ingressou com recurso Especial, inadmitido por este Tribunal de Justiça, tendo agravado da referida decisão e obtido êxito. O Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso, tendo a decisão transitado em julgado em 06 de março de 2017. Em relação aos demais acusados, incluindo-se o paciente, houve trânsito em julgado em 5 de abril de 2017.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Especificamente em relação ao paciente Diego Jorge Rocha, o seu mandado de prisão já fora cumprido, expedindo-se, também, a respectiva guia de execução definitiva, encontrando-se, portanto, em cumprimento de pena, cujo processo de execução tramita na 2ª Vara de Execuções Penais da Comarca de Salvador, tombado sob nº 0326790-37.2017.8.05.0001.

As alegativas de existência de nulidade absoluta na instrução criminal e, conseqüentemente, da sentença condenatória, por ofensa aos artigos 400 e 564, inciso IV, do CPP, ante a inversão na oitiva das testemunhas, violando o devido processo legal, contraditório e ampla defesa e de possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas não devem ser conhecidas. Isto porque, da análise dos fólios, constata-se que a presente impetração insurge-se contra sentença condenatória já transitada em julgado, utilizando-se os impetrantes, portanto, do habeas corpus como sucedâneo recursal, o que não se pode admitir, em consonância com o entendimento reiterado dos Tribunais pátrios.

Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. ALEGADA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÕES FUNDADAS EM FATOS DISTINTOS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO NA FIXAÇÃO DA PENA. VERIFICAÇÃO DA CORRETA DOSIMETRIA DA PENA. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE DE ADMITIR-SE O WRIT CONSTITUCIONAL COM SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE FLAGRANTE. ORDEM DENEGADA. I - (...) II - Não se presta o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual foi condenado o paciente. Precedentes. III - O habeas corpus, em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, não pode ser empregado como sucedâneo de revisão criminal, ante a verificação do trânsito em julgado do acórdão que tornou definitiva a condenação. IV - Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 94.073, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 25.11.2010).

[...]

Embora não seja possível conhecer do Habeas Corpus impetrado como substitutivo de ação de impugnação autônoma própria, é sabido que, na hipótese de verificação de flagrante ilegalidade, tem-se flexibilizado tal entendimento para viabilizar o saneamento de ofício, o que não se depreende in caso.

Assim já decidiu esta Corte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Registre-se, ainda, que, neste Tribunal de Justiça, o órgão competente para processar e julgar a Revisão Criminal, onde já houve apelação julgada, é a Seção Criminal, diferentemente da ação de Habeas Corpus, que tem seu processamento perante a Turma, havendo, portanto, incompetência do presente órgão fracionário para o conhecimento da matéria (fls. 86/93).

Como visto, o Tribunal de origem não conheceu do habeas corpus por considerar que era substitutivo de revisão criminal, não divergindo da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior.

Nesse sentido,

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. AMEAÇA E INCÊNDIO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO QUE SE ENCONTRAVAM PENDENTES DE APRECIÇÃO. RECURSO ESPECIAL EM TRÂMITE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. AUSÊNCIA.

1. Persiste no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que não se admite a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, sejam recursos próprios ou mesmo a revisão criminal, salvo situações excepcionais.

2. No caso, não se vislumbra constrangimento ilegal capaz de justificar a superação do óbice citado, uma vez que a decisão hostilizada foi clara ao afirmar que, esgotadas as instâncias ordinárias, possível a execução antecipada da pena imposta.

Precedente.

3. Ademais, interposto o recurso cabível, inviável a discussão da matéria na via estreita do habeas corpus.

4. *Agravo regimental improvido* (AgRg no HC 413.613/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 12/04/2018)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ATIPICIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERVENIENTE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO PESSOAL. FORMALIDADES RECOMENDADAS PELA LEI PROCESSUAL PENAL. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE INOCORRENTE. DECRETO CONDENATÓRIO COM MOTIVAÇÃO IDÔNEA E AMPARO EM AMPLO CONTEXTO PROBATÓRIO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A alegada nulidade processual por ausência de apresentação da defesa prévia não foi objeto de julgamento pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

3. A superveniência de sentença condenatória suplanta as discussões acerca da atipicidade da conduta. Precedentes.

4. A pretensão de reforma do acórdão pela suposta atipicidade das condutas não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do habeas corpus.

5. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido que as disposições inculpidas no art. 226 do CPP configuram mera recomendação legal, e não uma exigência, porquanto não se comina a sanção da nulidade quando praticado o reconhecimento pessoal de modo diverso.

6. No caso, não há falar em nulidade por desobediência às formalidades inculpidas no art. 226, II, do CPP, haja vista a inobservância de prejuízo ao réu, conforme entendimento corrente nesta Corte, forjado no princípio pas de nullité sans grief.

Ademais, o reconhecimento pessoal, considerado como prova válida, e demais elementos probantes dos autos, legalmente confeccionados no curso da instrução processual, deram suporte ao juízo de convicção sobre a autoria delitiva e, em consequência, ao decreto condenatório.

7. *Habeas corpus não conhecido* (HC 417.291/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 09/04/2018)

Ademais, no caso em análise não se verifica a possibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de concessão da ordem de habeas corpus de ofício. Isso porque a jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que a decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo por aplicação do princípio do pas de nullité sans grief.

A defesa não logrou demonstrar qual o prejuízo experimentado em razão da inversão da ordem das testemunhas, restringindo-se a sustentar a violação ao art. 400 do CP e afirmar que a condenação se deu com fundamento na prova oral colhida.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PREVENÇÃO DO JUIZ QUE DETERMINOU A MEDIDA. COMPETÊNCIA RELATIVA. MATÉRIA ANALISADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA EM EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. PRECLUSÃO. ART. 212 D CPP. OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA. INÉPCIA DA INICIAL. ART. 40, III, DA LEI 11.343/2006. COMETIMENTO DO DELITO EM LOCAL DE TRABALHO COLETIVO - GARAGEM DE COOPERATIVA. FATO NARRADO NA INICIAL. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSÁRIO REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ.

I - A nulidade decorrente da inobservância das regras de competência territorial é relativa, restando sanada se não alegada em momento oportuno. Súmula 706 do Supremo Tribunal Federal, "é relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção".

II - "Este Sodalício Superior possui entendimento de que, não obstante a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquirição das testemunhas, a não observância dessa regra acarreta, no máximo, nulidade relativa. É necessária, ainda, a demonstração de efetivo prejuízo, por se tratar de mera inversão, visto que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar perguntas, ainda que subsidiariamente, para a busca da verdade" (REsp 1580497/AL, Quinta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 10/10/2016).

III - Ao contrário do alegado pelo recorrente, a peça acusatória fez constar que o delito era cometido em local de trabalho coletivo - garagem de transporte coletivo de uma cooperativa, pelo que não se depreende qualquer contrariedade ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença condenatória ou inépcia da inicial no que se refere à aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06.

IV - O pleito absolutório, com fulcro no "artigo 386, IV,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V e/ou VII do Código de Processo Penal", ensejaria o revolvimento do conjunto fático-probatório acostado aos autos. Nesse diapasão, a análise da presente insurgência esbarra no óbice da Súmula 07 ("a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial") deste Superior Tribunal de Justiça.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1672649/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 06/04/2018)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. INVERSÃO. NULIDADE RELATIVA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.719/08. NOVA CITAÇÃO. DESCABIMENTO. INTERROGATÓRIO POR CARTA PRECATÓRIA. INDEFERIMENTO. CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO.

1. A nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal dada pela Lei 11.690/2008 eliminou o sistema presidencialista permitindo a inquirição das testemunhas diretamente pelas partes, mas não extinguiu a possibilidade de que o Juiz também formule perguntas, não havendo nulidade qualquer se é oportunizado à defesa perguntar diretamente às testemunhas, mormente porque eventual inobservância à ordem de inquirição caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, pena de preclusão.

2. Incabível a renovação do ato processual se o réu foi regular e previamente citado para a audiência marcada antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/08 que, por se tratar de norma de natureza procedimental, submete-se ao princípio *tempus regit actum*, devendo a lei ser aplicada a partir da sua entrada em vigor, com aproveitamento dos atos pretéritos.

3. É inviável o recurso especial na parte em que não impugna os fundamentos do acórdão recorrido. Incidência do enunciado nº 283/STF.

4. Não há nulidade decorrente do indeferimento, na audiência de instrução e julgamento, do pedido de realização do interrogatório por carta precatória se a defesa não justificou a ausência do réu, que haveria, de qualquer modo, de comparecer à audiência que era destinada não somente ao interrogatório dos réus mas também à oitiva das testemunhas, não havendo razão legal para cindir o ato procedimental uno, em obséquio à regra da concentração dos atos processuais trazida pela Lei nº 11.719/08.

5. A causa de diminuição de pena relativa ao artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

16 do Código Penal (arrependimento posterior) somente tem aplicação se houver a integral reparação do dano ou a restituição da coisa antes do recebimento da denúncia, variando o índice de redução da pena em função da maior ou menor celeridade no ressarcimento do prejuízo à vítima.

6. *Recurso especial improvido* (REsp 1302566/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 04/08/2014)

Por fim, cumpre ainda destacar que matéria em análise não foi suscitada em sede de alegações finais, atraindo a aplicação do art. 571, inciso II, do Código de Processo Penal, estando, portanto, preclusa. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. INOBSERVÂNCIA DA ORDEM DE INQUIRÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. EIVA RELATIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA DA DEFESA. MÁCULA SUSCITADA APENAS NO RECURSO DE APELAÇÃO. PRECLUSÃO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO CONCRETO AO RÉU. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.

1. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, sob pena de preclusão. Precedentes do STJ e do STF.

2. No caso dos autos, tendo a defesa anuído com a manutenção do sistema presidencialista de inquirição, não arguido tempestivamente a matéria, e tampouco demonstrado eventual dano concreto acarretado ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, não há que se falar em invalidação do ato como requerido na impetração. Inteligência dos artigos 571 e 563 do Código de Processo Penal.

[...]

3. *Habeas corpus não conhecido* (HC 383.337/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 22/03/2017)

PENAL E PROCESSUAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INEFICIÊNCIA DA DEFESA PELA FALTA DE ENTREVISTA RESERVADA DO DEFENSOR COM O ACUSADO. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSÍVEL PELA VIA DO WRIT. AUSÊNCIA DO PACIENTE NA OITIVA DE TESTEMUNHAS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. INVERSÃO NA ORDEM DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS. SISTEMA PRESIDENCIALISTA. INFRINGÊNCIA AO ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR CARTA PRECATÓRIA. INOCORRÊNCIA. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUESTÕES A SEREM ANALISADAS DURANTE O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA EM SENTENÇA CONDENATÓRIA SEM FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. ILEGALIDADE RECONHECIDA. RECURSO HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESTA EXTENSÃO, PROVIDO EM PARTE.

1. Constatado no acórdão impugnado que o direito à entrevista reservada com o defensor constituído ocorreu antes do interrogatório, via carta precatória, motivo pelo qual a falta de comprovação de plano resulta na necessidade de dilação probatória, inadmissível na estreita via do writ.

2. Não restou demonstrado prejuízo à defesa ante o não comparecimento do acusado na audiência, pois o defensor encontrava-se presente durante a audiência.

3. No que tange à inversão da ordem da formulação das testemunhas, lastreada no revogado sistema presidencialista, além de não evidenciar prejuízo, a questão não foi suscitada em momento oportuno, acarretando a preclusão.

4. No tocante à violação ao princípio da identidade física do juiz, em razão do interrogatório do réu ter sido realizada por carta precatória, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já assentou que o princípio da identidade física do juiz, introduzido no Processo Penal pela Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.719/2008, não é absoluto e não impede a realização do interrogatório do réu por meio de carta precatória, porquanto sua adoção "não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da Jurisdição Penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da Lei." (CC 99023/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 10/06/2009, DJe 28/08/2009).

5. As alegações de absolvição, desclassificação e a substituição da pena por restritiva de direitos devem ser examinadas pelo Tribunal local, na via da apelação já interposta, ocasião em que terá a matéria adequado tratamento, reservando-se o habeas corpus para soluções de urgência, notadamente no tema da liberdade.

6. O art. 387, §1º, do Código de Processo Penal - CPP, determina que o juiz, ao proferir sentença condenatória, decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar. Portanto, não sendo apresentado nenhum fundamento para a manutenção da prisão preventiva, é caso de concessão de habeas corpus.

7. *Recurso em habeas corpus parcialmente conhecido, e nesta extensão, provido em parte, para a soltura do recorrente, ROMULO VINICIUS BRITO RODRIGUES, sem prejuízo de nova e fundamentada decisão de necessária medida cautelar penal, inclusive menos grave que a prisão processual.* (RHC 71.470/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 17/10/2016)

Ausente, portanto, qualquer constrangimento que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea a, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço da presente impetração.

Publique-se

No presente Agravo, reitera as alegações de ocorrência de nulidade absoluta decorrente da inversão da ordem da oitiva das testemunhas.

Requer, assim, o provimento do recurso nos termos da inicial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 95.131 - BA (2018/0038557-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Com efeito, em que pese o esforço do agravante, de rigor o reconhecimento da preclusão da matéria, que não foi oportunamente levada a apreciação das instâncias ordinárias.

Ademais, o fato de o paciente ter sido condenado, não implica necessariamente na existência de prejuízo na inversão da ordem da oitiva das testemunhas. A defesa não logrou demonstrar em que consistiu o prejuízo, em que poderia ser alterada a situação do réu se a ordem da oitiva das testemunhas fosse outra. Assim, nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, inviável o reconhecimento de nulidade.

Em reforço aos precedentes juntados na decisão agravada:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE DELITO. ALEGAÇÃO DE INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. FUNDADA SUSPEITA DE COMETIMENTO DE CRIME. LICITUDE DA PROVA. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. MATÉRIA JULGADA PELO STF. HC N. 127.900/AM. INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/3/2016. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO EM AUDIÊNCIA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O col. Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 603.616/RO, com repercussão geral, assentou a tese de que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados" (Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010, grifei). III - Esta Corte de Justiça, na esteira da tese firmada pelo col. Supremo Tribunal Federal, firmou compreensão no sentido de que a mera constatação da situação de flagrância, posterior ao ingresso no domicílio, não é fundamento apto a autorizar a medida, que deve ser precedida de fundadas razões, com lastro em circunstâncias objetivas, de que no local onde a diligência será cumprida há crime em andamento, ou na iminência de ocorrer. IV - No caso dos autos, havendo fundadas suspeitas, oriundas de denúncias anônimas e posteriormente confirmadas pelos policiais, por meio da observação realizada da parte externa do imóvel, de que o paciente estaria praticando o crime de tráfico de drogas, não há que se falar em nulidade das provas obtidas durante a prisão em flagrante. Precedentes.

V - Esta Corte Superior de Justiça, acompanhando o entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento do habeas corpus n. 127.900/AM, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, firmou compreensão no sentido de que "o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, porquanto a Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CP, prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em lei especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado" (HC n. 390.707/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 24/11/2017).

VI - Os efeitos da decisão foram modulados, para se aplicar a nova compreensão somente aos processos cuja instrução criminal não tenha se encerrado até a publicação da ata do julgamento do HC n. 127.900/AM (11/3/2016), sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

VII - In casu, embora a audiência de instrução tenha ocorrido em 27/07/2016, e, na ocasião, o acusado tenha sido interrogado antes da oitiva das testemunhas, é necessário, a fim de que se reconheça a nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, que a impugnação tenha sido tempestiva, ou seja, na própria audiência em que o ato foi realizado, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão, o que não ocorreu no caso concreto. Precedentes.

VIII - Da leitura da ata da audiência (fl. 15), verifica-se o ora paciente estava acompanhado de seu advogado, que em momento algum questionou o fato de seu cliente ser interrogado no início da assentada, tampouco há qualquer irrisignação neste sentido nas alegações finais.

IX - A jurisprudência desta Corte de Justiça há muito se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado n. 523 da Súmula do STF, o que não ocorreu na hipótese.

Habeas corpus não conhecido (HC 470.734/MG, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 17/12/2018).

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao presente agravo regimental no recurso em *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0038557-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
RHC 95.131 / BA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0022550812017805000 00225508120178050000 00241772320178050000
241772320178050000 3219961220138050001

EM MESA

JULGADO: 07/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DIEGO JORGE ROCHA SANTOS
ADVOGADOS : MILTON JORDÃO DE FREITAS PINHEIRO GOMES E OUTRO(S) - BA017939
FABIANO VASCONCELOS SILVA DIAS - BA022716
ALOISIO FREIRE SANTOS - BA039758
RAFAEL FONSECA TELES - BA029116
JOSÉ MAURICIO VASCONCELOS COQUEIRO - BA010439
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA
CORRÉU : TIAGO SILVA DE OLIVEIRA
CORRÉU : HAMILTON AUGUSTO BORGES ALVES JUNIOR

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Latrocínio

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DIEGO JORGE ROCHA SANTOS
ADVOGADO : ALOISIO FREIRE SANTOS E OUTRO(S) - BA039758
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.