



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 147.292 - SP (2009/0179097-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MARIA CLÁUDIA DE SEIXAS E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ EURÍPEDES DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ARTS. 316 e 288 DO CP. LIMINAR. INDEFERIMENTO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 691 DO STF. JULGAMENTO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIO. ACÓRDÃO PROLATADO. FUNDAMENTAÇÃO PERTINENTE AO EXPOSTO NA INICIAL. SUPERAÇÃO DO ÓBICE. CONHECIMENTO DO *WRIT* EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL.

1. Segundo orientação pacificada neste Superior Tribunal, é incabível *habeas corpus* contra indeferimento de medida liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de indevida supressão de instância, dada a ausência de pronunciamento definitivo pela Corte de origem (Súmula n. 691 do STF).

2. O óbice inserto na Súmula 691 do STF, contudo, resta superado se o acórdão proferido no julgamento do *habeas corpus* originário, em que restou indeferida a liminar, objeto do *mandamus* ajuizado neste Superior Tribunal, contiver fundamentação que, em contraposição ao exposto na impetração, faça as vezes do ato coator.

NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. SISTEMA PRESIDENCIALISTA. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

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. 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, como na hipótese vertente.

3. A nulidade da audiência de instrução e julgamento não importa necessariamente na invalidade dos demais atos subsequentes praticados, sendo que, diferentemente daquele, para a invalidação destes é imprescindível que reste demonstrado o efetivo prejuízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à defesa do paciente, o que não ocorre na hipótese, razão pela qual devem ser mantidos como escorreitos no feito.

4. Ordem concedida para anular a audiência de instrução e julgamento reclamada, determinando-se que outra seja realizada nos moldes do disposto no art. 212 do Código de Processo Penal.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 147.292 - SP (2009/0179097-1)

IMPETRANTE : MARIA CLÁUDIA DE SEIXAS E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ EURÍPEDES DE SOUZA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de JOSÉ EURÍPEDES DE SOUZA, indicando como autoridade coatora Desembargador da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao apreciar a medida liminar no *writ* nº 990.09.213502-3, ajuizado em favor do paciente, indeferiu o pleito sumário em que se buscava a suspensão do feito e da Carta Precatória expedida nos autos da Ação Penal nº 818/2009, instaurada no Juízo de Direito da Primeira Vara Criminal da comarca de Franca, a que responde o acusado pela suposta prática dos delitos dispostos no art. 316 e no art. 288, ambos do Código Penal

Narram os impetrantes que a audiência de instrução e julgamento se realizou em desacordo com as normas contidas no art. 212 do Estatuto Processual Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690/2008, afirmando que o magistrado dirigiu a audiência por meio do sistema presidencialista, formulando e repassando perguntas às testemunhas.

Sustenta que em decorrência do referido ato o paciente é vítima de constrangimento ilegal, asseverando que o aludido procedimento violou o citado dispositivo, assim como o devido processo legal e o sistema acusatório, causando nulidade absoluta do processo, que prescinde da demonstração do efetivo prejuízo e de dilação probatória ao seu reconhecimento, requerendo, outrossim, a flexibilização do enunciado na Súmula n. 691 do STF

Postula, assim, o deferimento da liminar, para que seja determinada a suspensão do feito e da Carta Precatória, até o julgamento final deste *writ*, e a concessão da ordem, para que seja anulada a audiência impugnada e os atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada nos moldes do art. 212 do Código de Processo Penal ou, ainda, decretada, *ex officio*, a nulidade de todos os atos processuais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Instrui a inicial com os documentos de fls. 16 a 111, sendo indeferida a tutela de urgência (fls. 115 e 116) e prestadas as informações pela autoridade impetrada (fls. 122 a 124), oportunidade em que acostou cópia de diversas peças processuais (fls. 125 a 378).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 147.292 - SP (2009/0179097-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, nos termos do Enunciado Sumular n. 691 do Supremo Tribunal Federal, não é cabível o ajuizamento de *habeas corpus* contra indeferimento de pedido de liminar em outro *writ*, salvo quando flagrante a ilegalidade ou a teratologia da decisão singular, sob pena de indevida supressão de instância.

Entretanto, este Tribunal tem se orientado pela mitigação desse entendimento, em respeito ao princípio da celeridade processual, possibilitando o conhecimento do remédio constitucional quando, comprovada a superveniência de julgamento de mérito do *habeas corpus* originário, a autoridade indicada como coatora traz aos autos cópia do aresto proferido e o seu teor (fls. 385 a 390), em contraposição ao exposto na impetração, faz suficientemente as vezes de ato coator, exatamente como ocorre *in casu*.

Desse modo, perfeitamente viável a superação do óbice ao conhecimento do pedido.

No mérito, conforme se vislumbra dos elementos trazidos à colação no remédio constitucional em apreço, o paciente foi preso em flagrante delito em 18-3-2009 e denunciado, juntamente com outros corréus, como incurso nas penas do art. 288 e 316, por três vezes, na forma do art. 71, todos do Código Penal.

A peça vestibular foi recebida pela autoridade judicial em 27-3-2009 (fls. 122), e, iniciada a instrução criminal, foram expedidas cartas precatórias para oitivas de testemunhas arroladas pelas partes, sendo a primeira audiência realizada na comarca de Franca/SP, nos autos da Carta Precatória nº 818/09, para a oitiva do policial militar Roberto Nazareno Júnior, em 28-7-2009 (fls.351).

Entretanto, a partir de 9 de agosto de 2008 entrou em vigor a Lei nº 11.690, que deu nova redação ao art. 212 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

“Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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”.

Emerge do termo de assentada que descansa a fl. 351 que, realizada audiência de oitiva de testemunha no dia 28 de julho de 2009 perante o Juízo deprecado, quando já em vigor a legislação citada, oportunidade em que foi ouvida a testemunha de acusação Roberto Nazareno Junior (fls. 352 e 352v) e sendo designada nova data para a oitiva de testemunha Alessandro Suzini por não ter comparecido à audiência por se encontrar de férias, o ato não se concretizou de acordo com o *novel* rito, tendo, inclusive, a advogada do paciente, Dr^a Maria Cláudia, questionado sobre a obediência do inserto nas normas processuais vigentes, sendo, porém, o pleito indeferido pelo Juízo *quo* (fls. 351).

Nesses termos, a audiência foi realizada em conformidade com o ordenamento processual já revogado, fato que deu azo à impetração do *Habeas Corpus* nº 990.09.213502-3 perante o Tribunal indicado como coator (fls. 31 a 41).

A Corte Originária, no entanto, denegou a ordem, ao argumento de que, *in casu*, a matéria não poderia ser discutida em sede de *habeas corpus* e que não restou demonstrado prejuízo em relação ao procedimento efetivado no mencionado ato (fls. 386 a 390).

Não obstante haja resistência às mudanças procedidas na legislação processual penal, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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 comentando 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 da testemunha olvidando-se da alteração legal, mesmo diante do alerta da defesa no sentido de que a audiência fosse concretizada nos moldes da vigência da Lei n. 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 procedimento administrativo, inclusive aos militares, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso" (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).

Nesse passo, em que pese os judiciosos fundamentos expostos no aresto hostilizado, resta suficientemente demonstrada a nulidade decorrente do ato em apreço, em razão de evidente ofensa ao devido processo legal, motivo suficiente para se declarar nulo o ato reclamado, mormente pelo fato da defesa ter buscado a invalidação do ato por meio do prévio *writ* ajuizado perante o Tribunal de origem aos 24.8.2009, ou seja, logo após a sua realização.

Portanto, o vício aventado na impetração é de ser acolhido, sendo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entretanto, mister consignar que apenas o ato hostilizado encontra-se eivado, porquanto não se vislumbra que tenha contaminado os demais subsequentes a ponto de levar à conclusão de que o processo-crime pelo qual responde deve ser integralmente anulado. EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, na 11ª edição da sua obra Curso de processo penal, ao assinalar que por diversas vezes não há como se escapar de posicionamentos casuísticos, esclarece definitivamente a questão, ao concluir, *in verbis*:

“No entanto, e como na maioria esmagadora das nulidades processuais, não se pode impor, aprioristicamente, a nulidade de todos os atos subsequentes, sem que se examine o conteúdo das declarações prestadas pelo acusado, e, mais ainda, a qualidade da prova produzida nos autos [...]” (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 359).

Diante do exposto, **concede-se a ordem** para anular a audiência realizada em desconformidade com o contido no art. 212 do Código de Processo Penal, determinando-se que outra seja procedida, nos moldes do referido dispositivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0179097-1

HC 147.292 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1092009 1960120090169772 8182009 990092135023

EM MESA

JULGADO: 05/10/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA CLÁUDIA DE SEIXAS E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOSÉ EURÍPEDES DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em
Ge - Concussão

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de outubro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário