



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.559 - RJ (2011/0285726-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE SILVA PEREIRA OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I, DO CÓDIGO PENAL. **(1)** IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. **(2)** NÃO OBSERVÂNCIA DA NOVA ORDEM DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (LEI Nº 11.690/2008). NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. **(3)** PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DA PROVA OBJETIVO. **(4)** QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. **(5)** WRIT PREJUDICADO QUANTO AO REGIME E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Conforme entendimento desta Corte, em relação ao qual guardo ressalvas, a não observância da ordem como devem as testemunhas serem ouvidas, conforme o art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/2008, não enseja, por si só, nulidade, se não demonstrada a ocorrência de prejuízo.

3. Dada a ausência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal apontado no *mandamus*, deve prevalecer a incidência da agravante da reincidência, conforme afirmado pelo juízo de primeiro grau e ratificado pelo Tribunal de origem. Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição (ausência da folha de antecedentes criminais), passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova preconstituída do constrangimento ilegal, que em sede de *habeas corpus* incumbe ao impetrante.

4. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. *In casu*, o julgado é claro em fixar a existência da reincidência, destacando que o paciente possui condenação transitada em julgado por crime grave (roubo circunstanciado), fato que evidencia a reincidência específica e respalda o acréscimo no patamar de 1/4 (um quarto). Ademais, o paciente foi beneficiado com o livramento condicional.

5. *Habeas corpus* prejudicado quanto ao regime e, no mais, não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, julgou parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, dele não conheceu, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.559 - RJ (2011/0285726-7)
RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEXANDRE SILVA PEREIRA OLIVEIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado por Defensoria Pública em favor de ALEXANDRE SILVA PEREIRA DE OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal 0030151-64.2009.8.19.0054).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, nestes termos:

Não há nenhuma circunstância judicial em desfavor do réu, motivo pelo qual fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão.

Não há atenuantes. **Presente a agravante da reincidência (vide FAC fls. 73/76), uma vez que o acusado já foi condenado pelo mesmo crime, tendo a sentença transitado em julgado em 20/04/2001, a pena privativa de liberdade de cinco anos e quatro meses de reclusão aumento a pena para 05 (cinco) anos de reclusão.** Em razão da causa de aumento de pena prevista no I, do § 2º, do art. 157 do CP, aumento a pena de 1/3 (um terço), totalizando 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Tendo em vista que o acusado é reincidente em um crime grave como o roubo circunstanciado, fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, com fulcro no art. 33, § 2º, "b" (contrario sensu).

Com base nas mesmas circunstâncias acima analisadas, fixo a pena pecuniária no mínimo legal, ou seja, em 10 (dez) dias multa, no valor unitário mínimo, uma vez que não há nos autos elementos para que se possa aferir a capacidade econômica do acusado. Em razão da causa de aumento de pena já mencionada, aumento a pena de 1/3 (um terço), totalizando 13 (treze) dias multa.

Isto posto, julgo procedente em parte a pretensão punitiva estatal para:

a) condenar o réu Alexandre Silva Pereira de Oliveira, às penas de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, por violação à norma contida no artigo 157, II do CP;

b) absolvê-lo das imputações referentes aos crimes previstos no art. 14 da Lei 10.826/03 e 244 B do ECA, com fulcro no art. 386, III e VII, respectivamente, do CPP. (fls. 41-42).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, *verbis*:

A preliminar de nulidade por inobservância do art. 212 do CPP, deve ser de plano rechaçada.

Diz o Art. 212 do CPP o seguinte:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.690 de 2008)

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690 de 2008)

Embora a Lei 11.690/2008 tenha alterado a redação do art. 212 do CPP, a modificação do art. 212 do CPP, não importou em óbice para o juiz realizar a inquirição de testemunha antes das partes.

Ademais, ao juiz é dado interferir nos questionamentos, nada impedindo que as argua primeiramente, sem que com isso esteja a imiscuir-se na função de acusador.

E verifica-se que a audiência foi realizada com a presença do Ministério Público e da Defesa Técnica, os quais puderam formular perguntas de forma direta às testemunhas, não havendo qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, eventual inversão, quando muito, poderá caracterizar uma nulidade relativa, onde o prejuízo deve ser demonstrado, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Desta forma não é possível o acolhimento da preliminar. Neste sentido os seguintes julgados: (...)

Ressalta-se que a modificação inserida no art. 212 do CPP não foi capaz de retirar do magistrado seu viés presidencialista no âmbito do processo penal, podendo ele fazer indagações antes, durante ou ao final da colheita do depoimento das testemunhas. Vale lembrar que a colheita de prova também pertence ao juiz, órgão desinteressado, mas destinatário da mesma.

E como bem aduzido às fls. 152, pela Promotoria de Justiça, em contrarrazões: ainda que houvesse nulidade relativa, vigeria para esta o Princípio do Prejuízo que não se aplica ao caso em tela, tendo em vista que não ocorreu nenhum prejuízo à defesa, tendo ocorrido apenas mera irregularidade, que não foi argüida em momento próprio.

Neste sentido também é o parecer da I. Procuradoria de Justiça:

"Conforme se verifica nos autos, a defesa não se manifestou sobre possível prejuízo causado ao réu pela inversão dos depoimentos e, não tendo manifestado seu inconformismo em alegações finais, temos que se encontra precluso o direito, encontrando-se sanado possível vício."

Assim, preliminar rejeitada.

(...)

Alega a Defesa não ser o ora apelante reincidente.

Como bem ensina a doutrina, o princípio da presunção de inocência atua como um limitador do Estado em favor do indivíduo. Esta é a sua função. Acima da vontade do promotor, do Juiz e do legislador infraconstitucional, existe um limite, gostemos ou não, chamado presunção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de inocência.

Este dispõe que o réu não pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tal norma funciona como regra de tratamento e regra de julgamento.

No entanto, é preciso ressaltar que, quanto à dosimetria da pena, importante observar que a enumeração do art. 59 do CP, constitui critério norteador da prestação jurisdicional.

E não pode o magistrado equiparar uma pessoa que não tem nenhuma anotação em sua FAC, esta sim portadora de bons antecedentes, pois não responde e não respondeu a nenhum processo, a outro, que registra em sua folha de antecedentes criminais várias anotações, o que assegura afirmar não só ter maus antecedentes, como apresentar uma personalidade voltada para o crime.

Verifica-se, então ser a conduta social um elemento norteador no processo de fixação da pena, ressaltando que necessita o Juiz, para aplicação da pena, de certa dose de discricionariedade, sendo imperativo que se esteja sempre alerta para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar o quantum de restrição a ser imposta.

A FAC do ora apelante, constante às fls. 15 do documento 00064, noticia uma condenação, com trânsito em julgado em 20/04/2001, por delito de mesma natureza.

E preconiza o art. 64 do Código Penal:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Portanto o ora apelante possui anotação criminal com condenação, com sentença transitada em julgado em 2001; pena de 05 anos e 04 meses de reclusão. O novo delito referente a este processo ocorreu em 2009. Assim, não se passou o lapso temporal de 05 anos que deixaria de caracterizar a agravante da reincidência.

Como bem asseverado pela I. Procuradoria de Justiça:

"... ainda que completamente cumprida a pena, temos que se mostra impossível que entre a data de seu cumprimento e o presente já tenha se passado o lapso temporal de 5 anos que tiraria da anotação a capacidade de gerar a agravante da reincidência. Dessa forma, não há que se falar em exclusão da citada agravante."

Quanto ao regime de cumprimento de pena, a sua fixação decorre não só da observação do art. 33 do CP, mas também do art. 59 do mesmo Diploma.

E as circunstâncias desfavoráveis ao apelante, impelem a fixação do regime fechado, compatível com o crime cometido, mostrando-se o mais adequado para reprimir e prevenir este tipo de delito, exercido com violência contra a vítima.

(...)

Ressalta-se., mais uma vez, que foi exercida violência contra as vítimas e valorando concretamente os elementos relativos ao crime e à pessoa do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ora apelante, total a impossibilidade de aplicação de outro regime diferente do fechado.

Enfim, trata-se de crime de roubo. As conseqüências que este tipo de delito gera em nossa sociedade são graves, pois leva medo e intranqüilidade a todas as pessoas, que são obrigadas a transitarem sobressaltadas pela cidade, criando instabilidade social.

Clama a sociedade por medidas mais eficazes e adequadas no sentido de conter a criminalidade.

Por todo o exposto, conclui-se que o conjunto probatório é satisfatório e hábil ao decreto condenatório proferido, devendo a sentença ser mantida.

Voto pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo improvimento do recurso defensivo. (fls. 52-72).

Dá o presente *mandamus*, no qual a impetrante assere a nulidade ocorrida, diante da violação ao art. 212 do Código de Processo Penal.

Destaca que a pena não poderia ter sido elevada em razão da reincidência, tendo em vista o teor do art. 64 do Código Penal, eis que o trânsito em julgado da condenação anterior ocorreu em 2001 e o novo crime somente em 2009.

Requer a declaração de nulidade da sentença condenatória proferida pelo juízo *a quo*, ao argumento de que o sistema acusatório foi violado, ou, subsidiariamente, a redução da pena-base ao mínimo legal, afastando-se a agravante da reincidência, e a fixação de regime menos gravoso para cumprimento da pena.

As informações foram juntadas às fls. 81, 83-115 e 118-129.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 130-140, da lavra do Subprocurador-Geral da República Moacir Mendes Sousa, opinando pela denegação da ordem.

Segundo as últimas informações, o paciente foi beneficiado com o livramento condicional.

É o relatório,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.559 - RJ (2011/0285726-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) NÃO OBSERVÂNCIA DA NOVA ORDEM DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (LEI Nº 11.690/2008). NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. (3) PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DA PROVA OBJETIVO. (4) *QUANTUM* DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. (5) *WRIT* PREJUDICADO QUANTO AO REGIME E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Conforme entendimento desta Corte, em relação ao qual guardo ressalvas, a não observância da ordem como devem as testemunhas serem ouvidas, conforme o art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/2008, não enseja, por si só, nulidade, se não demonstrada a ocorrência de prejuízo.

3. Dada a ausência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal apontado no *mandamus*, deve prevalecer a incidência da agravante da reincidência, conforme afirmado pelo juízo de primeiro grau e ratificado pelo Tribunal de origem. Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição (ausência da folha de antecedentes criminais), passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova preconstituída do constrangimento ilegal, que em sede de *habeas corpus* incumbe ao impetrante.

4. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. *In casu*, o julgado é claro em fixar a existência da reincidência, destacando que o paciente possui condenação transitada em julgado por crime grave (roubo circunstanciado), fato que evidencia a reincidência específica e respalda o acréscimo no patamar de 1/4 (um quarto). Ademais, o paciente foi beneficiado com o livramento condicional.

5. *Habeas corpus* prejudicado quanto ao regime e, no mais, não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

No tocante à inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, tenho posicionamento no sentido de existir nulidade, pois a alteração veio justamente prestigiar o sistema acusatório.

Sobre o tema, já tive oportunidade de registrar o seguinte:

Não há dúvida de que o trabalho da Comissão capitaneada pela Professora Ada Pellegrini Grinover, tanto quanto a Comissão presidida pelo Ministro Hamilton Carvalhido, consagrou o princípio acusatório [Em sentido contrário, entendendo que a reforma parcelar, tal qual implementada, não rompeu com as amarras do modelo inquisitório, conferir: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008. O autor asseverou: O que se há de reafirmar, enfim, é que *reformas parciais* não mudam o sistema porque não vão no núcleo do problema, ou seja, no *princípio inquisitivo*, que permanece intacto, o que se pode constatar com as recentes *reformas*, mormente aquela referente à prova e, nela, no que diz com a chamada *teoria geral da prova*. Basta que se veja, neste sentido, a nova redação do art. 156, do CPP, dada pela Lei nº 11.690, publicada em 10.06.08, que faculta ao juiz, de ofício, determinar a produção de provas e a realização de diligências que julgar necessárias para “dirimir suas dúvidas”].

Neste diapasão, digna de nota foi a ressonância da modificação trazida pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, relativamente à instrução criminal. Destaque-se o seguinte dispositivo:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Objetivando ver reconhecida a nulidade de processo em que não se permitiu às partes formular suas perguntas na forma prevista no mencionado dispositivo legal, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios impetrou *habeas corpus*, que recebeu o nº 121.216/DF no Superior Tribunal de Justiça.

A Quinta Turma, ao analisar o primeiro caso acerca da matéria, entendeu inválida a audiência realizada ao arrepio do princípio acusatório.

(...)

O tema tem merecido considerações doutrinárias em sentidos divergentes.

Há quem sustente que a nova redação do art. 212 do CPP não representou a consagração do *cross-examination*, em que as partes perguntam diretamente à testemunha, sem a interferência do juiz, porque o sistema anglo-saxão de exame cruzado “é muito mais do que a mera possibilidade de formação de perguntas diretas pelas partes como fez o art. 212. O *cross-examination* é a imposição de que a acusação faça a inquirição das testemunhas e após, obrigatoriamente, a faça a defesa, com a possibilidade de reexame pelo inquisidor originário. O objetivo é afastar inconsistências dos depoimentos. Ao juiz é resguardada apenas a função de manutenção da ordem e realização de *perguntas suplementares*”.

De outra sorte, tem-se entendido, de forma prevalecente na doutrina, que a reforma adotou, de forma explícita, o sistema do exame cruzado da testemunha, razão pela qual ao juiz caberá formular perguntas complementares após aquelas feitas diretamente pelas partes. E, ainda que não haja, no texto do atual art. 212 do CPP, a previsão de que a parte que arrolou a testemunha e fez o exame direto possa dirigir novas perguntas depois de encerrado o exame cruzado, como existe no sistema anglo-americano e na legislação italiana, tal possibilidade não pode ser excluída: “(...) também nessa situação – de aparecerem no exame cruzado informações novas – deve ser dada oportunidade a quem fez o primeiro exame de esclarecê-las. Mas isso, é claro, sempre dentro dos limites de pertinência e relevância, não sendo possível imaginar que a reinquirição se preste a tornar o depoimento interminável, nem ocasião para antecipar a discussão da causa. Também é evidente que à parte contrária, que já fez o exame cruzado, não serão admitidas outras indagações” [Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho. *Provas – Lei 11.690 de 09.06.2008. As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 288. No sentido de que a modificação do art. 212 do CPP trouxe significativo avanço para a consolidação do modelo acusatório, v. Leopoldo Stefanno Louveira, *Comentários ao HC 121.216/DF*, na sessão Jurisprudência Anotada do *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 17, n. 200, jul. 2009, p. 1274].

A aplicação do art. 212 do CPP pode, em primeiro momento, trazer alguma dificuldade prática, na medida em que o sistema presidencialista permaneceu em vigor durante mais de 60 anos. Mas, a tal pretexto, não se pode ignorar o espírito do legislador de trazer, de forma explícita, o modelo acusatório para o processo penal brasileiro, abolindo, assim, a moldura anteriormente em vigor. [Advirta-se, como o fez Antonio Magalhães Gomes Filho (op. cit., p. 287), ao comentar o novo art. 212 do CPP, que a alteração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legislativa reclama “não só conhecimentos jurídicos, mas também algum preparo nas áreas da psicologia e da argumentação. Não bastará formular perguntas à testemunha, mas principalmente saber como fazê-lo e, em certos casos, deixar de fazer”]. (MOURA, Maria Thereza Rocha, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. A reforma processual penal: precedentes do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Ed. do Senado Federal).

Contudo, essa não é a conclusão que vêm adotando as duas Turmas que compõem a Terceira Seção e, especialmente na Sexta Turma, tenho acompanhado a maioria, para evitar divergência, embora com a ressalva do meu ponto de vista.

Vejamos, então, o que decidiu o Tribunal de origem:

"Embora a Lei 11.690/2008 tenha alterado a redação do art. 212 do CPP, a modificação do art. 212 do CPP, não importou em óbice para o juiz realizar a inquirição de testemunha antes das partes.

Ademais, ao juiz é dado interferir nos questionamentos, nada impedindo que as argua primeiramente, sem que com isso esteja a imiscuir-se na função de acusador.

E verifica-se que a audiência foi realizada com a presença do Ministério Público e da Defesa Técnica, os quais puderam formular perguntas de forma direta às testemunhas, não havendo qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, eventual inversão, quando muito, poderá caracterizar uma nulidade relativa, onde o prejuízo deve ser demonstrado, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Desta forma não é possível o acolhimento da preliminar. Neste sentido os seguintes julgados: (...)

Ressalta-se que a modificação inserida no art. 212 do CPP não foi capaz de retirar do magistrado seu viés presidencialista no âmbito do processo penal, podendo ele fazer indagações antes, durante ou ao final da colheita do depoimento das testemunhas. Vale lembrar que a colheita de prova também pertence ao juiz, órgão desinteressado, mas destinatário da mesma.

E como bem aduzido às fls. 152, pela Promotoria de Justiça, em contrarrazões: ainda que houvesse nulidade relativa, vigeria para esta o Princípio do Prejuízo que não se aplica ao caso em tela, tendo em vista que não ocorreu nenhum prejuízo à defesa, tendo ocorrido apenas mera irregularidade, que não foi argüida em momento próprio.

Neste sentido também é o parecer da I. Procuradoria de Justiça:

"Conforme se verifica nos autos, a defesa não se manifestou sobre possível prejuízo causado ao réu pela inversão dos depoimentos e, não tendo manifestado seu inconformismo em alegações finais, temos que se encontra precluso o direito, encontrando-se sanado possível vício."

Consoante a fundamentação transcrita, não há, na espécie, demonstração de prejuízo à defesa pela não observância do novo art. 212 do Código de Processo Penal, porque tanto a defesa quanto a acusação tiveram ampla oportunidade de formular as perguntas que entenderam pertinentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aplica-se, portanto, o entendimento vigente na Corte:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DESRESPEITO. ART. 212 DO CPP. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTO INATACADO. APLICAÇÃO. SÚMULA 182/STJ. NULIDADE RELATIVA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NECESSIDADE.

1. A decisão agravada afastou a alegação de desrespeito ao art. 212 do Código de Processo Penal porque, nesse aspecto, o acórdão recorrido teria duplo fundamento, tendo sido apenas um deles impugnado nas razões do especial, o que atrairia a incidência da Súmula 283/STF, bem como porque a referida nulidade teria natureza relativa, devendo a sua arguição vir acompanhada da demonstração do prejuízo.

2. No presente regimental, deixou-se de impugnar a incidência sobre o recurso especial da Súmula 283/STF, razão pela qual lhe é aplicável a Súmula 182/STJ.

3. O entendimento desta Corte dirige-se no sentido de que o descumprimento da regra do art. 212 do Código de Processo Penal constitui nulidade relativa, cuja arguição deve vir acompanhada da demonstração do efetivo prejuízo.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 49.889/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 19/12/2012)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ART. 28, INCISO II, DA LEI N.º 11.343/2006. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM PREVISTA NO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Conforme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo *Codex*, não se procede à anulação do ato.

2. No caso, não restou demonstrada, a partir dos documentos constantes dos autos originários, a ocorrência de prejuízo concreto ao Paciente decorrente da pretensa nulidade, o qual sequer foi alegado nas razões da impetração.

3. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(HC 251.737/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012)

No que tange ao pedido de afastamento da agravante da reincidência, entendo que a presente ordem não comporta concessão, até porque não se revestiu do melhor esmero em sua instrução. Não foi carreado aos autos cópia da folha de antecedentes.

Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prova preconstituída do constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

A doutrina costuma distinguir dois aspectos do ônus da prova: o subjetivo e o objetivo. O ônus da prova subjetivo diz respeito a quem sofrerá a consequência negativa pelo fato não provado. Tem a função de exercer uma pressão psicológica sobre a parte, direcionando a sua atividade probatória. Tal influência se dá, normalmente, ao longo da fase instrutória. De outro lado, o ônus da prova objetivo disciplina como o juiz deverá julgar, no momento de sentenciar, se estiver em dúvida sobre fato relevante. Trata-se de uma regra de julgamento, que tem como destinatário o juiz. A regra de julgamento, ou ônus objetivo da prova, só é aplicada no momento de sentenciar. (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 293).

Lembre-se, a propósito, a lição dos Professores Titulares de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, e Antonio Magalhães Gomes Filho a respeito da necessidade de se promover a devida instrução do *writ*:

Apesar do silêncio da lei, é também conveniente que a petição de *habeas corpus* seja instruída por documentos aptos a demonstrar a ilegalidade da situação de constrangimento ou ameaça trazidos a conhecimento do órgão judiciário: embora a omissão possa vir a ser suprida pelas informações do impetrado ou por outra diligência, determinada de ofício pelo juiz ou tribunal, é do interesse do impetrante e do paciente que desde logo fique positivada a ilegalidade. (*Recursos no Processo Penal*, 4ª ed. rev. amp. e atual., Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 366)

Dada a necessidade de existência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal no seio do *habeas corpus*, esta Corte assim tem decidido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DO NÃO CONHECIMENTO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS INTERPOSTOS EM FACE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE SERVIRAM DE BASE PARA O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA DADA A AUSÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. EXIGÊNCIA CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELA PRETÓRIO EXCELSO NO ÂMBITO DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DA AUGUSTA CORTE QUE NÃO ALTERA A SITUAÇÃO DO PACIENTE, POIS DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE O INÍCIO DA AÇÃO PENAL RELATIVA AO CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NÃO SE CONDICIONA À CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APLICAÇÃO, AO CASO, DO ENTENDIMENTO ADOTADO, EM RELAÇÃO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

I - O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006).

(...)

Habeas corpus denegado.

(HC 87.405/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJe 10/03/2008)

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO OBJETO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que os pacientes sustentam a ausência de justa causa para a ação penal contra eles instaurada, em razão da pendência de processo administrativo fiscal.

II. O impetrante, embora tenha sustentado a impossibilidade de prosseguimento da ação penal instaurada contra os pacientes em virtude da existência de processo administrativo fiscal em andamento, no qual estaria em discussão a materialidade do fato e a legalidade do auto de infração, não logrou comprovar tais alegações.

III. Não obstante a documentação que acompanha a inicial, inclusive certidão dando conta da pendência de “decisões finais, na esfera administrativa, sobre as exigências fiscais dos créditos tributários”, os autos não trazem cópia de impugnação ou recurso manejados no processo administrativo ao qual refere o impetrante.

IV. Argumentação que não é hábil a obstar a persecução penal, pois na situação em exame não se pode aferir a apontada ausência de justa causa para a ação penal instaurada em desfavor do paciente, já que o processo criminal encontra obstáculos na esfera administrativa somente quando se discute a existência do débito o quantum debeatur, o que não se pode verificar in casu.

V. Ordem denegada.

(HC 40.994/SC, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 24/04/2006 p. 418)

Nessa linha de consideração, tendo em vista que foi afirmado pelo juízo de primeiro grau e ratificado pelo Tribunal de origem que o paciente é reincidente, deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevalecer a incidência da referida agravante.

Ademais, impende destacar que é pacífico o entendimento neste Sodalício de que, à luz do art. 64, I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Reprise-se que o lapso temporal é contado a partir da data de cumprimento ou extinção da pena anterior, e não da data do trânsito em julgado, como sustentado pela impetrante. Todavia, a ausência da FAC do paciente impede a análise da questão.

Por fim, cumpre consignar que o paciente foi beneficiado com o livramento condicional, esvaindo-se o objeto do *writ* neste ponto.

Ante o exposto, julgo prejudicado o *habeas corpus* quanto ao regime prisional e, no mais, não conheço.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0285726-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 226.559 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 121542009 20090540304781 301516420098190054

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : ALEXANDRE SILVA PEREIRA OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, julgou parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, dele não conheceu, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.