



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.534 - SC (2015/0294293-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : JEFFERSON DAMIN MONTEIRO
ADVOGADO : JEFFERSON DAMIN MONTEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JHONATAN DAS NEVES ANTUNES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA ORDEM DAS PERGUNTAS FORMULADAS ÀS TESTEMUNHAS E AO RÉU. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO *PAS NULLITTÉ SANS GRIEF*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– A inversão da ordem de inquirição direta das testemunhas prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 11.690/2008, não altera o sistema acusatório. (EDcl no AgRg no AREsp 431.895/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 19/8/2014)

– O impetrante não logrou demonstrar qual o prejuízo experimentado pela defesa, limitando-se a afirmar que se trata de nulidade absoluta e que a magistrada teria assumido o papel da acusação.

– Não estando demonstrado qual teria sido o prejuízo concreto suportado pelo paciente, deve ser aplicado o princípio *pas de nullitté sans grief*, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 05 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.534 - SC (2015/0294293-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : JEFFERSON DAMIN MONTEIRO

ADVOGADO : JEFFERSON DAMIN MONTEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : JHONATAN DAS NEVES ANTUNES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JHONATAN DAS NEVES ANTUNES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n. 2015.031284-6).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33, da Lei n. 11.343/06; à pena de 1 ano de reclusão, em regime inicial aberto, pelo crime do art. 180, *caput*, do Código Penal, e absolvido da imputação pela prática do crime do art. 311 do Código Penal.

Em grau de apelação, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso defensivo e proveu o apelo ministerial (fls. 179/210).

No presente *writ*, o impetrante alega haver nulidade na audiência de instrução, uma vez que não teria sido respeitada a ordem estipulada no art. 212 do Código de Processo Penal.

Alega que *"a nulidade da ação penal é medida de rigor, porquanto na audiência realizada às fls. 110/111 houve inversão da ordem das perguntas, assumindo a magistrada de piso o papel de juíza-acusadora, na medida em que cabia ao Ministério Público, titular da ação penal, questionar as testemunhas por si arroladas, com o fim de esclarecer os fatos que se propôs provar"*.

Pleiteia, em liminar e no mérito, a anulação da ação penal desde a audiência de instrução, com determinação de que outra seja realizada e concessão da liberdade ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida às fls. 217/218.

Informações às fls. 292/296.

O Ministério Público Federal se manifestou pela denegação da ordem, conforme parecer de fls. 300/310.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.534 - SC (2015/0294293-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Preliminarmente, o presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109.956, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

O voto condutor do acórdão trouxe que:

Preliminarmente, o apelante requer o reconhecimento da nulidade do processo por violação ao devido processo legal.

No mérito, pretende a absolvição dos delitos de tráfico de drogas e de receptação por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação da conduta criminosa para o art 28 da Lei de Drogas.

Ao final, o apelante deseja a aplicação da causa especial da diminuição da pena do art. 33, §4º, da Lei de Drogas no grau máximo, a substituição das reprimendas corporais por penas privativas de liberdades e a fixação do regime inicial mais brando.

Não lhe assiste razão.

Pelo que se infere dos autos, em 5 de janeiro de 2015, por volta das 20h, na rua Martins Fontes, Operária Nova, Criciúma, após receberem informações sobre a circulação de automóvel clonado, agentes públicos abordaram o apelante quando entrava no veículo Hyundai/HB20, com placas trocadas, anteriormente roubado da vítima Izabel Cristina Rodigheiro, oportunidade em que apreenderam R\$ 435,00 (quatrocentos e trinta e cinco reais) e 1 (um) invólucro de cocaína na posse direta do agente, ao passo que encontraram, no interior da correspondente residência, 9 (nove) porções dessa mesma substância, totalizando 30,3g (trinta gramas e três decigramas), além 52g (cinquenta e dois gramas) de maconha e 1 (uma) balança de precisão.

A materialidade e autoria delitivas despontam do termo de recuperação de veículo roubado de fl. 3, do auto de exibição e apreensão da fl. 6, do laudo da constatação provisória de fl. 10, do laudo pericial definitivo de fls. 40 a 44, do laudo pericial do veículo de fl. 159 a 162 e do acervo probatório coligido, notadamente da prova oral produzida.

Para evitar tautologia, transcreva-se excerto das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contrarrazões apresentadas pela Excelentíssima Doutora Roberta Mesquita de Oliveira Tauscheck, o qual se utiliza como razão de decidir (fls. 38 a 53 dos autos físicos):

PRELIMINAR

Ofensa ao disposto no artigo 212, caput, do Código de Processo Penal. Nulidade. Não ocorrência.

O defensor do apelante pleiteia a declaração de nulidade do feito a partir da audiência de instrução e julgamento (fls.110-111), sob o argumento de que a Magistrada a quo teria formulado perguntas diretamente às testemunhas ouvidas naquele ato, fato que ofenderia o disposto no artigo 212, caput, do Código de Processo Penal. No entanto, melhor sorte não lhe assiste.

A redação antiga do artigo 212 do Código de Processo Penal assim dispunha:

Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

Sendo que o atual dispositivo prescreve:

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)

No caso em tela não se pode afirmar que a Magistrada a quo, presidindo a audiência, tenha desatendido à nova regra processual ao formular perguntas às testemunhas, tampouco seu procedimento tem o condão de nulificar o ato, uma vez que a alteração não retirou do juízo o poder para questionamentos, conforme leciona Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 8. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 480):

Reperguntas diretas às testemunhas: a Lei 11.690/2008 eliminou o sistema presidencialista de inquirição das testemunhas, vale dizer, todas as perguntas, formuladas pelas partes, deviam passar pelo juiz, que as dirigia a quem estivesse sendo ouvido. [...] Basta que a parte faça a repergunta diretamente à testemunha. [...] 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. A nova redação do 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 "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. (grifou-se)

Ressalta-se que a Juíza apenas pediu esclarecimentos sobre as provas às testemunhas policiais e ao réu, conforme o áudio relativo à audiência das fls.110-111, com a concordância do Ministério Público, a fim de alcançar a verdade real por meio da delimitação da atuação dos policiais na investigação, sem prejuízo da inquirição do testigo pelas partes na sequência.

Assim, nenhum prejuízo concreto foi demonstrado, sendo a arguição de nulidade muito bem afastada na própria audiência (fls.110-111) e, posteriormente, na sentença (fls.165-166). Dessa forma, razão não há para a declaração da nulidade do feito, pois é certo que essa somente será reconhecida se dela resultar prejuízo.

Tal linha de pensamento é adotada por nossa legislação processual penal, pois o artigo 563 do Código de Processo Penal estabelece que: "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Em igual norte, ensina Eugênio Pacelli Oliveira:

[...] toda a matéria relativa às nulidades há de ser interpretada à luz de um princípio que resume e reúne a totalidade das tarefas atribuídas aos atos e formas processuais e/ou procedimentais. É o chamado princípio da instrumentalidade das formas, tradução do antigo *pas de nullité sans grief*, segundo o qual, para o reconhecimento e a declaração de nulidade de ato processual, haverá de ser aferida a sua capacidade para a produção de prejuízos aos interesses das partes e/ou ao regular exercício da jurisdição (art. 563, CPP) (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 661).

E Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.524).:

[...] Pregar a nulidade de toda a instrução porque o juiz inquiriu em primeiro lugar e as partes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

depois; ou porque as partes fizeram em primeiro plano e o magistrado, na sequência, quer demonstrar ser o processo um fim em si mesmo. Não se trataria de um meio para se conseguir a aplicação da lei penal com justiça, respeitado o devido processo legal. Tratar-se-ia de privilegiar o rito, conferindo-lhe vida própria, a despeito de absolutamente nenhum prejuízo resultar às partes. Um depoimento colhido por todos os atuantes na audiência, constituído por conteúdo irreparável, detalhado e rico em elementos para a apuração da verdade, jamais merecerá ser anulado e refeito porque houve pretensa “inversão” na ordem de inquirição, em particular quando essa disputa advém de texto de lei mal redigido, com dupla interpretação doutrinária e sem envolver dano algum à acusação ou à defesa.

Pelo exposto, afasta-se a preliminar

(...)

No que concerne à alegada nulidade do processo em virtude da inobservância da regra prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, mais especificamente devido ao fato da inquirição iniciar-se pelo Magistrado, colacionam-se os seguintes precedentes:

1) STJ - AgRg no REsp 1501167/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. IMPARCIALIDADE DO JUÍZO AFASTADA NA ORIGEM. REEXAME DE PROVAS. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. DESRESPEITO ÀS FORMALIDADES DO ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] 3. A jurisprudência desta Corte de Justiça consignou, por sua Terceira Seção, que, conforme a exegese do art. 212, caput, do Código de Processo Penal, a inobservância do rito procedimental de inquirição de testemunhas, no sistema acusatório, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas e do pas de nullité sans grief, não causa nulidade do feito, ausente a demonstração de prejuízo à parte. Acórdão proferido em consonância com a jurisprudência. Incidência da Súmula n. 83 do STJ. [...]

2) STF - HC 114789, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, Processo Eletrônico DJe-190 Divulg 29-09-2014 Public 30-09-2014:

Ementa: Habeas Corpus substitutivo de recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinário. Tráfico de entorpecentes e Corrupção Ativa. Alegada inversão na ordem de inquirição das testemunhas (art. 212 do CPP). Nulidade do processo. Inocorrência. Ausência de comprovação de prejuízo. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que "a inobservância da ordem de inquirição de testemunhas não constitui vício capaz de inquinar de nulidade o ato processual ou a ação penal, razão por que a demonstração do efetivo prejuízo se faz necessária para a invalidação do ato" (HC 114.787, Rel. Min. Luiz Fux). [...]
(...)

Diante do exposto, vota-se por conhecer dos recursos, afastar a preliminar, negar provimento ao apelo defensivo e dar provimento ao recurso do Ministério Público.

Este é o voto (fls 184/210).

Como visto, a Corte de origem não confirmou a ocorrência da inversão da ordem das perguntas, mas tão somente afirmou que a magistrada, com anuência do Ministério Público, "*pediu esclarecimentos sobre as provas às testemunhas policiais e ao réu*". Inviável, em *habeas corpus*, rever o conjunto fático-probatório de modo a desconstituir as conclusões sobre a inversão do ônus da prova a que chegaram as instâncias ordinárias.

Ainda que a inversão da ordem das perguntas tivesse sido reconhecida, o impetrante não logrou demonstrar qual o prejuízo experimentado pela defesa.

O simples fato das perguntas em audiência serem iniciadas pelo magistrado, e não pelo *parquet*, é insuficiente para caracterizar uma violação à imparcialidade do juiz. Esta Corte tem entendimento reiterado no sentido de que "*A inversão da ordem de inquirição direta das testemunhas prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 11.690/2008, não altera o sistema acusatório*" (EDcl no AgRg no AREsp 431.895/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 19/8/2014).

O Superior Tribunal de Justiça, tal como restou sedimentado no acórdão impugnado, somente tem reconhecido a nulidade de atos processuais quando demonstrado o efetivo prejuízo à parte, em decorrência da aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes:

**PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INFRINGÊNCIA AO ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. AUSENTE FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de que eventual inobservância ao disposto no art. 212 do CPP, gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a comprovação do efetivo prejuízo, o que inocorreu na espécie.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir da pena imposta. (HC 159.476/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/02/2016)

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. RECONHECIMENTO DE PESSOAS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. DESRESPEITO ÀS FORMALIDADES LEGAIS. NULIDADE RELATIVA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Quando o juiz natural da causa verificar a irrelevância ou a impertinência da prova requerida, é cabível o seu indeferimento motivado, a fim de prover a regularidade do processo e a ordem no curso dos atos instrutórios, situação que ocorreu nos autos.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente, quando amparado em outros elementos de prova.

3. A jurisprudência desta Corte de Justiça consignou, por sua Terceira Seção, que, conforme a exegese do art. 212, caput, do Código de Processo Penal, a inobservância do rito procedimental de inquirição de testemunhas, no sistema acusatório, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas e do *pas de nullité sans grief*, não causa nulidade do feito, ausente a demonstração de prejuízo à parte. Acórdão proferido em consonância com a jurisprudência. Incidência da Súmula n. 83 do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

5. *Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1266170/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 11/09/2015)*

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0294293-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 341.534 / SC

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003627420158240020 082015000110320 20150312846 3627420158240020 4731500010
82015000110320

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JEFFERSON DAMIN MONTEIRO
ADVOGADO : JEFFERSON DAMIN MONTEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JHONATAN DAS NEVES ANTUNES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.