



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.917 - SP (2011/0255958-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : WILLEY LOPES SUCASAS E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAIKEL FERNANDES PERECIN (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. SISTEMA ACUSATÓRIO. EXEGESE DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.690/08. EIVA RELATIVA. DEFESA SILENTE DURANTE A REALIZAÇÃO DO ATO. PRECLUSÃO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO CONCRETO À DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A nova redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as testemunhas sejam ouvidas direta e primeiramente pelas partes, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos.

2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito do processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

3. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, as provas requeridas foram produzidas, sendo oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às testemunhas ouvidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente.

4. 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, porquanto vige no cenário das nulidades o brocado *pas de nullité sans grief* positivado na letra do artigo 563 do Código de Processo Penal.

5. Constatando-se que a defesa do paciente permaneceu silente durante a audiência, vindo a arguir a irregularidade somente em preliminar de alegações finais, a pretensão do impetrante de invalidação da instrução criminal se encontra fulminada pelo fenômeno da preclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL DIANTE DA PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Permanecendo o paciente segregado durante toda a instrução criminal por força de prisão provisória, tendo o magistrado de primeiro grau e o Tribunal *a quo* entendido por sua manutenção no cárcere, ante a persistência dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, não deve ser revogada a custódia cautelar se, após a condenação, não houve alteração fática a ponto de autorizar a devolução do seu *status libertatis*.

2. Não fere o princípio da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição a vedação do direito de apelar em liberdade, se ocorrentes os pressupostos legalmente exigidos para a preservação do paciente na prisão, a exemplo da garantia da ordem pública, tendo em vista a periculosidade concreta do paciente.

3. Ordem denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de março de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.917 - SP (2011/0255958-0)

IMPETRANTE : WILLEY LOPES SUCASAS E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAIKEL FERNANDES PERECIN (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MAIKEL FERNANDES PERECIN, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem no HC n.º 0072345-81.2011.8.26.0000.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a audiência de instrução teria sido realizada em desacordo com as normas contidas no art. 212 do Estatuto Processual Penal, pois iniciada pelo Juízo processante.

Alegam que, no sistema acusatório, seria mais adequado deixar que as partes iniciassem a inquirição das testemunhas, não sendo retirada a possibilidade do magistrado formular perguntas complementares.

Argumentam que a inobservância das regras do art. 212 do Código de Processo Penal seria causa de nulidade absoluta do feito, aduzindo que a matéria não estaria preclusa pelo fato da defesa não ter arguido a ilegalidade no momento em que o ato processual era realizado.

Entendem que, por ser absoluta a nulidade arguida, o prejuízo seria presumido.

Observam que, anulada a referida audiência, a prisão cautelar do paciente deveria ser relaxada, porquanto estaria configurado excesso de prazo na formação da culpa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressaltam a ausência de idôneos fundamentos para que fosse retirado do acusado o direito de solto aguardar o processamento de eventual recurso, destacando que o Juízo sentenciado teria se omitido sobre a subsistência dos requisitos do art. 312 Código de Processo Penal, o que violaria as determinações do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e o art. 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Requerem, liminarmente, que o paciente aguarde em liberdade o julgamento final deste *writ* e, no mérito, pugnam pela anulação da audiência realizada em desacordo com as normas do art. 212 do Código de Processo Penal ou, subsidiariamente, pelo reconhecimento da ausência de fundamentação da decisão que não lhe concedeu o direito de recorrer em liberdade, expedindo-se o competente alvará de soltura em seu favor.

A liminar foi indeferida às fls. 97/98.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 106/108.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 239/241, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 222.917 - SP (2011/0255958-0)

VOTO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca a presente impetração, a anulação de todas as audiências realizadas, em face da indigitada inobservância à forma de inquirição das testemunhas prevista no artigo 212 do Código de Processo Penal. Alternativamente, pretende seja concedido ao paciente o direito de recorrer em liberdade, que lhe foi negado na sentença condenatória.

Segundo consta dos autos, o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A defesa suscitou a suposta nulidade em alegações finais, que foi afastada pelo Juízo sentenciante, *in verbis* (fls. 67/69):

(...) saliento que, por ocasião da audiência, nenhuma postulação foi feita no tocante à ordem dos questionamentos. Tratando-se de nulidade apenas relativa, a insurgência deveria ter sido suscitada naquele momento, não podendo ser alegada em sede de alegações finais, pois já operada a preclusão.

Ainda que a matéria fosse passível de conhecimento posterior, cumpre observar que não se vislumbra a ocorrência de nulidade pela ausência de qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa. Como é notável, o reclamante limitou-se a impugnar formalmente o ato, não demonstrando a ocorrência de efetivo dano.

*Ora, como é sabido, não se pode declarar nulidade de ato que não tenha causado prejuízo à defesa ou influído na verdade substancial dos fatos, como expressamente estabelecem os artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal, em obediência ao princípio *pás de nulité sans grief*.*

(...)

Por tais motivos, refuto a preliminar.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação e, concomitantemente, o *habeas corpus* cujo acórdão ora se impugna, no qual o Tribunal *a quo* assim se manifestou sobre o tema (fls. 84/86):

O pedido é improcedente.

Sabe-se que, na via sumária do writ, somente é possível declarar nulidades evidentes, que saltem aos olhos, nunca, porém, aquelas que demandem aprofundamento em matéria de fato para possível reconhecimento.

Com efeito, em sede de habeas corpus, só se declara a eiva "quando o processo for manifestamente nulo" (art. 648, VI, do Código de Processo Penal).

Não é o que ocorre na hipótese.

De acordo com a Lei nº 11.690/2008, que alterou a redação do artigo 212, do CPP, e onde se dizia que "as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha", agora se dispõe que "as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha".

Parece que o objetivo da alteração legislativa, na parte em que introduziu a inquirição direta das testemunhas pelo ministério público e pela defesa (sistema do cross examination) foi o de avançar na direção de deixar às partes, exclusivamente, a busca da verdade real, afastando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o juiz da produção das provas.

Se essa finalidade foi alcançada, embora através do sistema presidencialista, tradicional no nosso direito, a inobservância do procedimento de inquirição direta das testemunhas, previsto no artigo 212 do CPP (com a redação da Lei 11.690/2008) não acarreta a nulidade do processo, pois configura nulidade relativa, condicionada sua declaração à demonstração de prejuízo concreto para o réu, ausente na espécie, e arguição oportuna.

Realmente, o sistema das nulidades decorre da idéia geral de que as formas processuais representam apenas um instrumento para a correta aplicação da persecução penal. As formalidades estabelecidas pelo legislador só devem conduzir ao conhecimento da invalidade do ato, quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.

Aliás, dispõe o art. 566 do CPP que "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa".

Ademais, sem declinar qual o prejuízo decorrente da ausência de inquirição direta pelos defensores das testemunhas ou questionar, concretamente, a imparcialidade do juiz que presidiu a instrução, o impetrante sustenta a tese de que se cuida de nulidade absoluta, que somente haveria se o Magistrado não tivesse concedido às partes a oportunidade de questioná-las diretamente, hipótese não verificada nos autos.

Na aludida audiência, concedeu-se às partes oportunidade de formular perguntas às testemunhas, o que efetivamente aconteceu, não se verificando nenhum cerceamento, e tampouco se recusou quaisquer das reperguntas feitas pelo defensor constituído do apelante, além de se consignar as respectivas respostas sem impugnação (fls. 267, 269, 271, 273, 274, 275, 276v, 279v e 278, do apenso).

Além do que, presente à audiência, a defesa do paciente não apresentou qualquer objeção ao sistema de inquirição então adotado, ou mesmo à ordem de formulação das perguntas (termo de fls. 264/265).

De outra parte, a simples inversão na ordem de inquirição, uma vez respeitado o exercício de defesa, não acarreta, necessariamente, a invalidade da prova produzida, mormente quando não influi diretamente na decisão da causa, consoante decisões recentes do STJ (...).

Pois bem. Quanto à alegação de que a audiência de instrução teria se realizado em desacordo com a norma contida no artigo 212 do Código de Processo Penal, uma vez que o magistrado teria sido o primeiro a formular as perguntas às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunhas, quando as partes deveriam tê-lo feito, tem-se que a impetração não merece acolhida.

A Lei n.º 11.690, que entrou em vigor a partir de 9 de agosto de 2008, introduziu algumas modificações no regulamento da prova testemunhal, dando nova redação ao art. 212 do Código de Processo Penal nos seguintes termos:

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

Da leitura do mencionado dispositivo, observa-se que as alterações promovidas pela referida legislação trouxeram o método de exame direto e cruzado da prova oral, utilizado também na Inglaterra e na Itália, abolindo o antigo sistema presidencial quanto à formulação das perguntas e reperguntas por parte do juiz, 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 -, de tal sorte que ao magistrado cabe apenas a complementação da inquirição sobre os pontos não esclarecidos, ao final, caso entenda necessário.

Embora seja certo que no julgamento de casos semelhantes este Relator posicionou-se no sentido de que a inobservância da inovação legislativa citada importaria em eiva absoluta do ato, um aprofundamento no estudo dos institutos de Direito Processual Penal aplicáveis à espécie demonstra a necessidade de revisão do entendimento até então defendido.

Isto porque é cediço que no terreno das nulidades no âmbito no processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

Assim, para a declaração da nulidade de determinado ato processual, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

basta a mera alegação da ausência de alguma formalidade na sua execução, sendo imperiosa, repita-se, a demonstração do eventual prejuízo concreto suportado pela parte na sua omissão, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, conforme dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, confira-se lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: pas de nullité sans grief. (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 25.)

Embora não haja dúvida de que a citada inovação legislativa tenha se aproximado do sistema acusatório, a iniciativa da inquirição das testemunhas diretamente pelo magistrado, por si só, não é capaz de macular o ato processual, já que a sua finalidade foi alcançada com colheita da prova regularmente submetida ao crivo do contraditório, não havendo ofensa, portanto, ao devido processo legal constitucionalmente garantido.

Nessa ordem de ideias, eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, o qual deve ser arguido no momento processual oportuno, juntamente com a demonstração da ocorrência efetiva do prejuízo sofrido, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocado *pas de nullité sans grief*, positivado na letra do artigo 563 do Código de Processo Penal, pelo qual em matéria penal nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado o dano suportado pela parte.

A propósito, MAGALHÃES NORONHA observa:

*O princípio básico do Código é enunciado logo de início no título referente às nulidades: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa' (art. 563). É o **pas de nullité sans grief**. Não existe nulidade desde que da preterição legal não haja*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resultado prejuízo para uma das partes. Este inexistente quando foi alcançado o fim que a lei tem em vista. Tanto ele pode ocorrer em relação ao acusador, como ao acusado ou à Justiça.

Não é ele, em regra, presumível, demonstra-se.

A razão ou fundamento desse princípio é natural e fácil de encontrar-se: é que a decretação da nulidade - lembrando-nos agora da aplicação da pena - é um mal, devendo, então, reservar-se para aqueles casos em que realmente legítimos interesses das partes ou da Justiça foram lesados.

A demonstração do prejuízo faz-se pelo raciocínio ou pelos meios ordinários de prova. A demonstração por aquele dispensa estes, pois trata-se, então, de fato notório e evidente. Na maior parte das vezes é ele demonstrado por essa forma, isto é, pelo raciocínio. Quando assim não aconteça, incumbe ao prejudicado a demonstração do prejuízo, pelos meios usuais de prova: testemunhas, documentos, exames etc. (Curso de direito processual penal. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 440.)

Por oportuno, colaciona-se o seguinte julgado deste Sodalício:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. (...) CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. (...)
(...)

5. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, conforme já decidiu a Corte Suprema, "o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - **pas de nullité sans grief** - compreende as nulidades absolutas" (HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, unânime, DJ de 12.4.2002).

(...)

7. Ordem denegada. (HC 104.062/MG, Rel. MIN. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 19/10/2011.)

A sustentar que a inobservância das alterações promovidas pela Lei n.º 11.690/08 no artigo 212 do Código de Processo Penal configura nulidade relativa, destaca-se o posicionamento doutrinário de Guilherme de Souza Nucci:

a) qualquer dos sistemas escolhidos não autoriza, em hipótese alguma, considerar o outro como falha irreparável ao processo, logo, nulidade absoluta. Adotar essa visão significa um retrocesso inimaginável na estrutura do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

moderno processo penal brasileiro, que busca celeridade, economia processual e respeito aos direitos individuais. Pregar a nulidade de toda a instrução porque o juiz inquiriu em primeiro lugar e as partes, depois; ou porque as partes o 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 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. (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 484/485.)

Ademais, a respeito do tema, cumpre ressaltar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n.º 103.525/PE, de relatoria da Excelentíssima Senhora Ministra Carmen Lúcia, entendeu que a inversão na ordem das perguntas formuladas às testemunhas não alteraria o sistema acusatório, ressaltando tratar-se de eiva relativa, cujo reconhecimento somente seria possível com a demonstração do concreto prejuízo sofrido pela parte, consoante veiculado no Informativo n.º 594, de 2 a 6 de agosto de 2010, da Corte Constitucional:

Audiência de Instrução: Inversão na Formulação de Perguntas e Nulidade

*A Turma indeferiu **habeas corpus** em que se objetivava a anulação da audiência de instrução e julgamento e, conseqüentemente, da sentença condenatória proferida contra o paciente. A impetração sustentava a existência de nulidade absoluta, consistente na inversão da ordem de inquirição das testemunhas, pois a magistrada de 1º grau teria feito suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes o fizessem. Salientou-se, de início, tratar-se de vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deveria ser argüido oportunamente, o que não ocorrera, daí a superveniência da preclusão. Ademais, não teria sido demonstrado prejuízo concreto decorrente da alegada nulidade, pois a inversão da ordem do sistema de perguntas diretas, previsto no art. 212 do CPP ("Art. 212. As perguntas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.”), não alteraria o sistema acusatório. Nesse sentido, a decretação de nulidade a partir desse fato seria considerar o processo um fim em si mesmo, e não um meio para se conseguir a aplicação da lei penal. No ponto, divergiu o Min. Marco Aurélio, por entender que a forma prevista no citado artigo seria essencial e que o prejuízo estaria certificado na sentença condenatória. Contudo, tendo em conta a organicidade do Direito, asseverou que a inobservância de forma prevista em lei, como essa alusiva ao interrogatório, encerraria nulidade relativa. Por sua vez, não houvera o insurgimento da defesa no momento próprio, o que implicara preclusão.

HC 103525/PE, rel. Min. Cármen Lúcia, 3.8.2010. (HC-103525).

Tal entendimento, inclusive, também é o adotado em inúmeros julgados desta Corte Superior, dentre os quais:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE EXTORSÃO QUALIFICADA, EM CONCURSO FORMAL, E ESTUPRO. (...) INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO PELO JUIZ. DESCUMPRIMENTO DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.
(...)

3. A inquirção das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada às partes a formulação das perguntas, 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 Estatuto, não se procede à anulação do ato.

4. Ordem denegada. (HC 209.706/SP, Rel. MIN. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 17/10/2011.)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, TRAZIDA PELA LEI Nº 11.690/2008. ALTERAÇÃO NA FORMA DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FORMULADAS DIRETAMENTE PELAS PARTES. PONTOS NÃO ESCLARECIDOS. COMPLEMENTARIDADE DA INQUIRÇÃO PELO JUIZ. INVERSÃO DA ORDEM. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO E DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

1 - Com a entrada em vigor da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, foi alterada a forma de inquirção das testemunhas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecendo o artigo 212 do Código de Processo Penal que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, cabendo ao juiz apenas complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, bem como exercer o controle sobre a pertinência das indagações e das respostas.

2 - A complementaridade constante do texto legal examinado induz à conclusão de existência de ordem na inquirição, ou seja, sugere um roteiro, em que a parte que arrolou a testemunha formula as perguntas antes da outra parte, perguntando o juiz por último.

3 - Contudo, a inversão da ordem de inquirição, na hipótese em que o juiz - apenas o juiz, não a outra parte -, formule pergunta à testemunha antes da parte que a arrolou, somente poderia ensejar nulidade relativa, a depender do protesto da parte prejudicada no momento oportuno, sob pena de preclusão, bem como da comprovação inequívoca do efetivo prejuízo com a indagação formulada fora da ordem sugerida na norma processual.

4 - Não se pode olvidar que, no moderno sistema processual penal, não se admite o reconhecimento de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, vigorando a máxima **pas de nullité sans grief**, a teor do que dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

5 - No caso, consta do acórdão que o efetivo prejuízo não foi demonstrado quando da interposição do recurso em sentido estrito. O impetrante ressalta na inicial do habeas corpus ser desnecessária tal demonstração para a anulação dos atos a partir da audiência de instrução e julgamento. Além disso, o magistrado de primeiro grau, apesar de ter invertido a ordem de inquirição, deu oportunidade às partes para, diretamente, perguntarem às testemunhas. Assim, não demonstrado o prejuízo à defesa, o acórdão impugnado não merece nenhum reparo.

6 - Ordem denegada. (HC 210.599/RS, Rel. MIN. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 25/10/2011.)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RESISTÊNCIA. (...) INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. (...).

(...)

3. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado **cross-examination**, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

5. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes.

6. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP: "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa."

(...)

9. Ordem denegada. (HC 151.357/RJ, Rel. MIN. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010.)

Da leitura do termo de audiência acostado às fls. 28/45, não obstante a Juíza tenha formulado, ela própria, perguntas às testemunhas e somente após tenha passado a palavra para as partes, observa-se que não houve qualquer impugnação do patrono do paciente acerca da inobservância da alteração legal promovida pela Lei n.º 11.690/08 no momento da realização do ato, circunstância que evidencia que a matéria encontra-se sanada pelo instituto da preclusão.

Isto porque, nos termos do artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, as nulidades ocorridas em audiência deverão ser arguidas assim que ocorrerem.

Sobre o tema, confira-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

O instituto da preclusão decorre da própria essência da atividade processual; processo, etimologicamente, significa 'marcha adiante' e, sendo assim, não teria sentido admitir-se que a vontade das partes pudesse, a qualquer momento, provocar o retrocesso a etapas já vencidas no curso procedimental; daí a perda, extinção ou consumação das faculdades concedidas às partes, sempre que não for observada a oportunidade legal para a prática de determinado ato ou, ainda, por haver o interessado realizado ato incompatível com outro. (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 30.)

Dessa forma, constatado que a defesa do paciente apenas arguiu a eiva ocorrida nas alegações finais, ou seja, após o termo fixado em lei para a defesa manifestar irresignação contra o ato que entende maculado, a pretensão do impetrante de invalidação da instrução criminal encontra-se fulminada pelo fenômeno da preclusão.

Além disso, em que pese a oitiva das testemunhas não ter sido procedida com perguntas feitas direta e primeiramente pela acusação e defesa, certo é que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme já afirmado, o ato cumpriu sua finalidade, ou seja, houve a produção das provas requeridas, sendo oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às testemunhas ouvidas, sendo observados, portanto, os princípios do contraditório e a ampla defesa garantidos constitucionalmente, motivo pelo qual não há que se falar em prejuízo ao acusado.

Assim, não havendo a arguição tempestiva da matéria pela defesa e tampouco a demonstração de eventual dano concreto acarretado ao paciente, que se limitou a sustentar que a nulidade em apreço seria absoluta, não há que se falar em invalidação do ato como requerido na impetração.

Quanto à insurgência subsidiária, melhor sorte não assiste ao impetrante.

O Juízo sentenciante negou ao paciente o direito ao recurso em liberdade, sob o seguinte fundamento (fl. 79):

Por ainda estarem presentes as causas que motivaram a manutenção de sua prisão processual, reforçadas agora pela condenação, deixo de facultar aos réus o recurso em liberdade.

A Corte estadual, por sua vez, assim se manifestou (fls. 87/89):

Os autos dão conta que, aos 29/07/2008, o paciente teve a custódia preventiva decretada (fls. 179/180 do apenso), permanecendo custodiado até a prolação da sentença, em 21/02/2011 (fls. 547/563), quando foi condenado à pena de 08 anos e 03 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, sem direito ao recurso em liberdade.

(...)

De fato, a exceção à regra contemplada no art. 594 do Código de Processo Penal, segundo a qual o réu fica dispensado de recolher-se à prisão para apelar, desde que primário e de bons antecedentes, não beneficia o réu que já se encontrava sob custódia processual, decorrente de flagrante ou preventiva, por ocasião da sentença condenatória.

Ademais, se o réu respondeu preso o processo, em decorrência de prisão provisória, como no caso vertente, advindo sentença condenatória, ele deverá continuar encarcerado (art. 393, I, CPP).

Preso preventivamente e mantidos os motivos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segregação cautelar, seria um contrassenso a sua soltura justamente no instante em que ela recebe o reforço de uma sentença condenatória (JUTACRIM 33/96).

Não há discrepância na jurisprudência a respeito da questão:

(...)

De outra parte, princípio da presunção de inocência somente obsta que, antes da condenação definitiva, se considere o acusado culpado ou se lance o seu nome no rol dos culpados, não existindo incompatibilidade entre o princípio da presunção da inocência e a prisão provisória, da qual são modalidades a prisão em flagrante, a preventiva, a temporária e a decorrente de sentença condenatória recorrível.

Não é por outro motivo que tanto aquele quanto esta estão disciplinados na Carta Magna. O que se exige, para resguardar a presunção de inocência, é que qualquer forma de antecipação da prisão, anterior à existência de condenação definitiva, tenha como pressuposto a sua necessidade.

De efeito, já restou pacificado o entendimento de que "a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência" (Súmula nº 09, do E. Superior Tribunal de Justiça).

Da leitura acurada dos autos, nota-se que ao paciente foi negado o direito de aguardar em liberdade o julgamento de eventual recurso, por entender que persistiam os requisitos da tutela provisória, reforçadas, agora, pela condenação.

Note-se que, durante a instrução criminal, o sentenciado permaneceu segregado, e tanto o Juízo Singular quanto o Tribunal de Origem acharam adequado assim mantê-lo, sob a motivação, em suma, de que após a condenação não foram demonstrados motivos suficientes à devolução do seu *status libertatis* para aguardar o trânsito em julgado em liberdade, especificando que a custódia se fazia necessária ante a persistência dos requisitos insculpidos naquele dispositivo processual, estando-se, então, diante da excepcionalidade quanto à prisão.

Não se olvida que a hodierna e a moderna jurisprudência vislumbram que o sequestro cautelar - inclusive o decorrente de condenação monocrática apelável - como exceção às regras constitucionais, deve incidir de acordo com o caso concreto e vir fulcrada em elementos que demonstrem a sua efetiva necessidade no contexto fático-jurídico apreciado, sendo vedada mediante simples efeito automático,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incompatível, pois, com o Estado Democrático de Direito.

Entretanto, na espécie, mister destacar que a medida extrema foi decretada e mantida na situação específica, justificada como indispensável, em razão da existência do requisito previsto no art. 312 do Código de Processo Penal - garantia da ordem pública, atentando-se para a gravidade concreta da ação.

Assim, enquanto perdurar a hipótese fática elencada no mencionado dispositivo processual, que autoriza o encarceramento cautelar, não obstante a revogação do previsto no art. 594 daquele Estatuto e a nova redação dada ao art. 387 da Legislação Processual, não pode o paciente que respondeu custodiado ao processo alegar que teve tolhido o seu direito de ir e vir em função de sentença condenatória sem fundamentação.

Acerca do assunto, oportuna a lição exposta por GUILHERME DE SOUZA NUCCI, o qual salienta que *"vislumbrando, na ocasião da prolação da sentença condenatória que a prisão cautelar é medida necessária, fundada nos mesmos motivos do art. 312, pode-se impedir que recorra em liberdade"* (Código de processo penal comentado. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 692).

Destarte, demonstrada, com base em elementos concretos dos autos, a presença do *periculum libertatis*, justificada está a continuidade da custódia imposta ao paciente, como orienta esta Corte Superior, da qual são exemplos os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA. QUESTÃO SUPERADA. APELO EM LIBERDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

(...)

3. Ademais, constata-se que a decisão que indeferiu o benefício da liberdade provisória, além de fundamentar com a vedação contida no art. 44 da Lei de Entorpecentes, apresentou razões bastantes para, isoladamente, justificar a manutenção da prisão cautelar da Paciente.

4. Não se reconhece a possibilidade de apelar em liberdade a réu que não pode ser beneficiado com o direito à liberdade provisória, em razão do entendimento "de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar" (STF, HC 89.824/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 28/08/08.) 5. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, na parte restante, denegada a ordem. (HC 163.366/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 06/04/2011.)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DISPARO DE ARMA DE FOGO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. O direito de apelar em liberdade da sentença condenatória não se aplica ao réu preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de prisão em flagrante ou de prisão preventiva.

Precedentes.

II. Não se vislumbra constrangimento ilegal na manutenção da custódia cautelar depois que foi proferida condenação pendente de recurso, pois já afastada, ainda que não definitivo, a presunção de inocência do acusado.

III. Exatamente neste sentido andou a Reforma Processual Penal de 2008, que manteve em vigor o art. 393 do CPP, segundo o qual, é efeito da sentença condenatória recorrível ser o réu preso ou conservado na prisão.

IV. Ordem denegada. (HC 173.302/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011.)

Diante do exposto, não evidenciadas as apontadas ilegalidades, **denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0255958-0

HC 222.917 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 5110120060006906 723458120118260000 882006

EM MESA

JULGADO: 06/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WILLEY LOPES SUCASAS E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAIKEL FERNANDES PERECIN (PRESO)

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

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.