



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.320.978 - SP (2012/0087779-4)

**RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)**
AGRAVANTE : R DA S V
ADVOGADO : CICERO JOSE DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 212 DO CPP. ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. ALEGAÇÃO. MOMENTO ADEQUADO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE RELATIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

– A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de não ocorrer violação ao art. 212 quando há inversão da ordem de inquirição de testemunhas, porquanto se trata de nulidade relativa, devendo ser aventada em momento adequado, além de demonstrado o prejuízo. Não é o que se verifica no presente caso.

Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 14 de maio de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.320.978 - SP (2012/0087779-4)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
AGRAVANTE : R DA S V
ADVOGADO : CICERO JOSE DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE):**

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida pelo Min. Gilson Dipp, que negou provimento ao recurso especial, nos termos da seguinte fundamentação:

O Código de Processo Penal, ao tratar sobre o tema "nulidade", estabelece que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa" (art. 563), e ainda, que "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa" (art. 566).

O caso concreto se enquadra nas hipóteses previstas nos art. 563 e art. 566, ambos do Código de Processo Penal, porquanto não se demonstrou o prejuízo causado à defesa decorrente da inquirição das testemunhas realizada diretamente pelo magistrado ou em ordem invertida, tampouco restou caracterizado como tal situação influir na apuração da verdade substancial.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NO RITO DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

1. A Lei nº 11.690/2008 alterou o art. 212 do Código de Processo Penal, para dispor que a perquirição de testemunhas fosse feita direta e primeiramente pela acusação e, na sequência, pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição, quando entendesse necessários quaisquer esclarecimentos. No caso concreto, na audiência de instrução e julgamento, as testemunhas foram inquiridas na seguinte ordem: primeiramente responderam às perguntas do Magistrado e, em seguida, às do Ministério Público e da Defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, manifestou o entendimento de ser relativa a nulidade pela inobservância da ordem de inquirição de testemunhas, razão pela qual a demonstração do efetivo prejuízo se faz necessária para a invalidação do ato.

3. In casu, não houve a comprovação de cerceamento de defesa ou obliteração de qualquer das faculdades protetivas. Ademais, a Defesa limitou-se a afirmar que a aludida nulidade tem caráter absoluto, sem fazer qualquer menção ao prejuízo, efetivamente, sofrido pelo paciente, motivo pelo qual é de rigor a incidência do princípio *pas de nullité sans grief*.

4. Ordem denegada.” (HC 208.001/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 26/03/2012).

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE POR AUSÊNCIA DO EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELO JUÍZO PROCESSANTE. NULIDADE RELATIVA. NÃO ARGUIÇÃO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.

INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PERDA DO INTERESSE PROCESSUAL. ORDEM PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NO MAIS, DENEGADA.

1. O exame de dependência toxicológica do Réu somente será indispensável se existir dúvida razoável quanto à sua integridade mental, o que não se verificou no caso dos autos.

2. A inquirição 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.

3. O pleito de concessão do direito de responder ao processo em liberdade está prejudicado, ante a superveniência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

5. Ordem parcialmente prejudicada e, no mais, denegada.” (HC 150.663/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011).

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E ESTUPRO (ARTIGO 121, § 2º, INCISOS III E IV, E ARTIGO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

213, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). 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 11.690/2008. 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 vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender 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, houve a produção das provas requeridas, 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 brocardo *pas de nullité sans grief* positivado na letra do artigo 563 do Código de Processo Penal.

5. Constatando-se que a defesa da paciente permaneceu silente durante a audiência de instrução e julgamento, vindo a arguir a irregularidade somente na impetração do mandamus perante a Corte Estadual, a pretensão do impetrante encontra-se fulminada pelo instituto da preclusão.

AÇÃO PENAL. PRONÚNCIA. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO. PRETENDIDA FLEXIBILIZAÇÃO DO ENUNCIADO SUMULAR 21 DESTA SODALÍCIO. INEXISTÊNCIA DE ATRASO NO FEITO PELA CITAÇÃO DO PACIENTE POR CARTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRECATÓRIA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA A PEDIDO DA DEFESA. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DO ESTADO-JUIZ. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA.

(...).

5. Ordem denegada.” (HC 175.612/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 19/12/2011).

A inobservância à ordem de oitiva de testemunhas implica nulidade relativa, que deve ser arguida em momento adequado, sob pena de preclusão, e desde que demonstrado o prejuízo causado à parte.

Neste contexto, deve ser mantido o acórdão a quo.

Ante o exposto, nos termos do art. 557, caput do Código de Processo Civil c/c art. 3º do Código de Processo Penal, nego seguimento ao recurso.

Em suas razões, o agravante sustenta que a nulidade perpetrada no presente caso é absoluta, não podendo o devido processo legal ser mitigado, sob o fundamento de que compete àquele que responde a uma ação penal demonstrar o prejuízo experimentado pelo descumprimento de garantias constitucionais, *“quando os efeitos devastadores da inversão da oitiva de testemunhas estão evidentes nos autos.”* (fl. 3254).

Postula a reconsideração da decisão monocrática, ou o julgamento do agravo pelo órgão colegiado, dando-se seguimento e provimento ao recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.320.978 - SP (2012/0087779-4)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

O agravante pretende que seja reconhecida nulidade absoluta, em virtude da inquirição de testemunhas realizada diretamente pelo magistrado ou em ordem invertida.

A decisão ora agravada, entendeu tratar-se de nulidade relativa, pois não houve comprovação de prejuízo, nos termos dos arts. 563 e 566, ambos do Código de Processo Penal. Concluiu, assim, que a inobservância da ordem de oitiva de testemunhas deve ser arguida em momento adequado, sob pena de preclusão.

A decisão em comento está em consonância com o entendimento adotado por essa eg. Quinta Turma como se verifica dos seguintes julgados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. ART. 212 DO CPP. ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.

1. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a inobservância da regra prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, quanto à ordem de inquirição das testemunhas, gera apenas nulidade relativa, a depender de demonstração de prejuízo - o que não ocorreu no caso.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg AREsp 116.465/DF, Sexta Turma, Og Fernandes, DJe 16/4/2013).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. TRÁFICO DE DROGAS. NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO CPP (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008). SISTEMA DO EXAME DIRETO E CRUZADO. NULIDADE RELATIVA. ALEGAÇÃO SUSCITADA APENAS EM APELAÇÃO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, firmou-se, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **habeas corpus**, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. A inversão da ordem trazida no art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.690/2008, constitui nulidade relativa, conforme precedentes desta Corte e do Pretório Excelso. Assim, para reconhecimento de eventual eiva, deve a alegação ser feita oportunamente e com a efetiva demonstração do prejuízo, conforme reza o art. 563 do Diploma Processual Penal. Incide, assim, a máxima **pas de nullité sans grief**.

4. **Habeas corpus** não conhecido. (HC 217.691/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 21/9/2012).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE POR AUSÊNCIA DO EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELO JUÍZO PROCESSANTE. NULIDADE RELATIVA. NÃO ARGUIÇÃO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.

INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PERDA DO INTERESSE PROCESSUAL. ORDEM PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NO MAIS, DENEGADA.

1. O exame de dependência toxicológica do Réu somente será indispensável se existir dúvida razoável quanto à sua integridade mental, o que não se verificou no caso dos autos.

2. A inquirição 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo Estatuto, não se procede à anulação do ato.

3. O pleito de concessão do direito de responder ao processo em liberdade está prejudicado, ante a superveniência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

5. Ordem parcialmente prejudicada e, no mais, denegada. (HC 150.663/GO, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 19/12/2011).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0087779-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.320.978 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2680120080058658 43408 5865982008 58659820088260268

EM MESA

JULGADO: 14/05/2013
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: R DA S V
ADVOGADO	: CICERO JOSE DA SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: JORGE KAZUO TAKIGUTI
CORRÉU	: JOÃO BERNARDO DA SILVA
CORRÉU	: MARCOS AURÉLIO PEREIRA LIMA
CORRÉU	: RONALDO DOS REIS SANTOS
CORRÉU	: JONAS SANTOS BENTO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: R DA S V
ADVOGADO	: CICERO JOSE DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.