

02/06/2020

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 161.658 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACTE.(S) : JORGE MIGUEL FERREIRA
IMPTE.(S) : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
INTDO.(A/S) : EVANDRO LUIZ ALVAREZ FERNANDES
INTDO.(A/S) : GUILHERME DE JESUS FANTE
INTDO.(A/S) : JOSÉ LEONARDO RODRIGUES FLORENCIO
INTDO.(A/S) : DAIANE DE FATIMA RODRIGUES DA CRUZ
ADV.(A/S) : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO
ADV.(A/S) : CARLOS ALBERTO PEREIRA
ADV.(A/S) : JOAO FRANCISCO

INTERROGATÓRIO – TESTEMUNHAS – ORDEM. Cabe ao juiz, na audiência de instrução e julgamento, observar o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal, abrindo campo a que a inquirição de testemunhas seja feita pelas partes, podendo veicular perguntas caso necessário algum esclarecimento – inteligência do artigo 212 do Código de Processo Penal.

PRISÃO PREVENTIVA – PRAZO – EXCESSO. Configurado o excesso de prazo da custódia preventiva, impõe-se a devolução da liberdade ao acusado.

ORDEM – CORRÉUS – EXTENSÃO. Ante a identidade de situação jurídica, cabe estender a corréus ordem deferida em *habeas corpus* – artigo 580 do Código de Processo Penal.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em deferir a ordem, para

HC 161658 / SP

assentar a nulidade a partir da audiência de instrução e julgamento, quando inobservada a norma processual, e afastar a prisão preventiva do paciente, implementada no processo nº 0000003-95.2017.8.26.0571, da Primeira Vara Criminal da Comarca de Tatuí/SP, devendo ser advertido na necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar possível transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade, estendendo os efeitos da decisão, com as mesmas cautelas, por ser idêntica, no tocante ao excesso de prazo, a situação jurídica dos corréus José Leonardo Rodrigues Florência, Guilherme de Jesus Fante, Daiane de Fátima Rodrigues Cruz, Evandro Luiz Álvares Fernandes e Wilton da Silva Reis, nos termos do voto do relator e por empate, em sessão realizada por videoconferência, em 2 de junho de 2020, presidida pela Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 2 de junho de 2020.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

HC 161658 / SP

imediações de estabelecimentos prisionais), da Lei nº 11.343/2006.

Em audiência realizada no dia 29 de maio de 2018, a defesa ressaltou a nulidade desse ato processual, afirmando desrespeitado o procedimento descrito no artigo 212 do Código de Processo Penal. A Magistrada que presidia a audiência considerou-a hígida, salientando observados o contraditório e a ampla defesa, no que oportunizou-se aos defensores e ao Órgão acusador a possibilidade de fazerem questionamentos e colocações no tocante aos depoimentos prestados. Asseverou não ter a defesa se insurgido quando iniciadas as perguntas, nem se manifestado acerca do interesse no cumprimento do versado no dispositivo, assentando ser norma de mera orientação.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o *habeas corpus* nº 465.846/SP, o qual teve a liminar indeferida.

Os impetrantes sustentam violadas as regras alusivas à inquirição de testemunha definidas no artigo 212, cabeça, do Código de Processo Penal. Apontam que a superveniência da Lei nº 11.690/2008 impõe ao magistrado guardar equidistância consideradas as partes, somente interferindo na audição das testemunhas quando as perguntas formuladas não tiverem relação com a causa ou importarem repetição das já feitas. Segundo realçam, a inversão da ordem de inquirição das testemunhas não atendeu ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, motivo pelo qual se mostrariam nulos os atos processuais subsequentes. Frisam transgredido o sistema acusatório, aduzindo

HC 161658 / SP

a assunção de postura inquisitorial pela magistrada. Concluem ocorrida nulidade absoluta, a prescindir de demonstração de prejuízo.

[...]

Consulta ao sítio do Tribunal de Justiça revelou haver o Juízo condenado o paciente a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, ante o cometimento do delito versado nos artigos 33, cabeça (tráfico de drogas), combinado com o 40, inciso III (causa de aumento de pena em razão da prática nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais), da Lei nº 11.343/2006. Absolveu-o da imputação relativa à associação para o tráfico. Negou o direito de recorrer em liberdade, determinando a expedição de mandado de prisão, de cujo cumprimento não há notícia. Apelação interposta pela defesa encontra-se pendente de exame.

[...]

Pretenderam, no campo precário e efêmero, que o paciente permanecesse livre até a apreciação final da impetração no Superior Tribunal de Justiça e, sucessivamente, o exame de fundo deste *habeas*. No mérito, buscam seja realizada nova audiência de instrução e julgamento, a teor do artigo 212 do Código de Processo Penal, determinando-se a expedição de alvará de soltura para que o acusado aguarde, solto, a tramitação do processo.

Em 7 de agosto de 2019, Vossa Excelência implementou a liminar, não nos termos requeridos, mas para determinar a suspensão do curso do processo-crime.

Por meio da petição/STF nº 50.173/2019, os impetrantes formularam pedido de reconsideração. Postulam o afastamento

HC 161658 / SP

da custódia provisória, implementada, segundo afirmam, em 31 de dezembro de 2016, considerado o excesso de prazo. Reportando-se ao artigo 580 do Código de Processo Penal, dizem ser o caso de extensão dos efeitos da decisão aos corréus Evandro Luiz Alvarez Fernandes, Guilherme de Jesus Fante, José Leonardo Rodrigues Florencio e Daiane de Fatima Rodrigues da Cruz.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo indeferimento da ordem. Assevera ausente demonstração de prejuízo a viabilizar o reconhecimento de nulidade processual.

Consulta ao sítio do Tribunal de Justiça, realizada em 24 de outubro de 2019, revelou estar o processo-crime suspenso.

Documentos juntados pelos impetrantes, consistentes em informações prestadas pelo Juízo em *habeas corpus* formalizado no Tribunal de Justiça (documento eletrônico nº 5, folhas 12 e seguintes), demonstram que o paciente e os corréus José Leonardo Rodrigues Florência, Guilherme de Jesus Fante, Daiane de Fátima Rodrigues Cruz, Evandro Luiz Álvares Fernandes e Wilton da Silva Reis foram presos em flagrante no dia 31 de dezembro de 2016. A conversão da custódia em preventiva ocorreu em 1º de janeiro de 2017.

Lancei visto no processo em 11 de novembro de 2019, liberando-o para ser examinado na Turma a partir de 26 de novembro seguinte, isso objetivando a ciência dos impetrantes.

É o relatório.

14/04/2020

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 161.658 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Cumpre reiterar a óptica veiculada, em 7 de agosto de 2019, ao implementar a medida acauteladora:

[...]

2. A sequência de veiculação de perguntas às testemunhas não foi cumprida. A magistrada que dirigiu as audiências não acolheu os pedidos da defesa voltados ao atendimento do disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal. Segundo informações prestadas ao Tribunal de Justiça, a Juíza teve como atendida a norma processual, cuja observância entendeu facultativa. Confirmam o seguinte trecho:

[...]

Ao final da audiência o mesmo patrono arguiu nulidade pela inobservância do artigo 212 do Código de Processo Penal, nulidade esta igualmente afastada a uma porque no início do ato o defensor poderia ter requerido oralmente que as perguntas fosse iniciadas pelas partes, o que não fez, limitando-se a informar que havia peticionado neste sentido, a duas porque a norma processual em questão não tem cunho impositivo, apenas orientador e dificilmente mostra-se de aplicação viável pelo evidente despreparo das partes quanto a melhor condução da inquirição do réu, reservando-se a estas a complementação das perguntas que já foram deduzidas pelo magistrado, este sim, apto a inquirição plena e completa.

[...]

HC 161658 / SP

A Magistrada estabeleceu critério à margem do versado no artigo 212 do Código de Processo Penal, a disciplinar que:

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.

O parágrafo único do artigo dispõe que, sobre os pontos não esclarecidos, o Juiz poderá complementar a inquirição. O teor desse dispositivo decorreu da Lei nº 11.690/2008. A ordem jurídica apenas prevê a possibilidade de o próprio Juiz veicular perguntas se verificados pontos não esclarecidos, ante o questionamento das partes. Tem-se a ofensa ao definido na norma.

[...]

Em relação à custódia preventiva, o paciente está preso, sem culpa formada, desde 31 de dezembro de 2016. Surge o excesso de prazo. Privar da liberdade, por tempo desproporcional, pessoa cuja responsabilidade penal não veio a ser declarada em definitivo viola o princípio da não culpabilidade. Concluir pela manutenção da medida é autorizar a transmutação do pronunciamento por meio do qual implementada, em execução antecipada da pena, ignorando-se garantia constitucional.

Defiro a ordem, para assentar a nulidade a partir da audiência de instrução e julgamento, quando inobservada a norma processual, e afastar a prisão preventiva do paciente, implementada no processo nº 0000003-95.2017.8.26.0571, da Primeira Vara Criminal da Comarca de Tatuí/SP. Advirtam-no da necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar possível transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade.

Sendo idêntica, no tocante ao excesso de prazo, a situação jurídica dos corréus José Leonardo Rodrigues Florência, Guilherme de Jesus

HC 161658 / SP

Fante, Daiane de Fátima Rodrigues Cruz, Evandro Luiz Álvares Fernandes e Wilton da Silva Reis, estendo-lhes os efeitos da decisão, com as mesmas cautelas.

É como voto.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 161.658

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) : JORGE MIGUEL FERREIRA

IMPTE.(S) : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO (161735/SP) E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTDO.(A/S) : EVANDRO LUIZ ALVAREZ FERNANDES

INTDO.(A/S) : GUILHERME DE JESUS FANTE

INTDO.(A/S) : JOSÉ LEONARDO RODRIGUES FLORENCIO

INTDO.(A/S) : DAIANE DE FATIMA RODRIGUES DA CRUZ

ADV.(A/S) : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO (1617325/SP)

ADV.(A/S) : CARLOS ALBERTO PEREIRA (116253/SP)

ADV.(A/S) : JOAO FRANCISCO (25599-A/MS, 335081/SP)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que deferia a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Presidência da Ministra Rosa Weber. Primeira Turma, 14.04.2020.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. José Elaeres Marques Teixeira.

João Paulo Oliveira Barros
Secretário da Turma

02/06/2020

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 161.658 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Relatou o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, ao examinar o pedido de liminar:

1. O assessor Dr. Edvaldo Ramos Nobre Filho assim retratou o caso:

O Juízo da Primeira Vara Criminal da Comarca de Tatuí/SP, no processo nº 0000003-95.2017.8.26.0571, recebeu denúncia em desfavor do paciente, imputando-lhe o cometimento das infrações previstas nos artigos 33, cabeça (tráfico de drogas) e 35, cabeça (associação para o tráfico), combinados com o 40, inciso III (causa de aumento de pena em razão da prática nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais), da Lei nº 11.343/2006.

Em audiência realizada no dia 29 de maio de 2018, a defesa ressaltou a nulidade desse ato processual, afirmando desrespeitado o procedimento descrito no artigo 212 do Código de Processo Penal. A Magistrada que presidia a audiência considerou-a hígida, salientando observados o contraditório e a ampla defesa, no que oportunizou-se aos defensores e ao Órgão acusador a possibilidade de fazerem questionamentos e colocações no tocante aos depoimentos prestados. Asseverou não ter a defesa se insurgido quando iniciadas as perguntas, nem se manifestado acerca do interesse no cumprimento do versado no dispositivo, assentando ser norma de mera orientação.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o *habeas corpus* nº 465.846/SP, o qual teve a liminar indeferida.

HC 161658 / SP

Os impetrantes sustentam violadas as regras alusivas à inquirição de testemunha definidas no artigo 212, cabeça, do Código de Processo Penal. Apontam que a superveniência da Lei nº 11.690/2008 impõe ao magistrado guardar equidistância consideradas as partes, somente interferindo na audição das testemunhas quando as perguntas formuladas não tiverem relação com a causa ou importarem repetição das já feitas. Segundo realçam, a inversão da ordem de inquirição das testemunhas não atendeu ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, motivo pelo qual se mostrariam nulos os atos processuais subsequentes. Frisam transgredido o sistema acusatório, aduzindo a assunção de postura inquisitorial pela magistrada. Concluem ocorrida nulidade absoluta, a prescindir de demonstração de prejuízo.

Requerem, no campo precário e efêmero, que o paciente permaneça em liberdade até a apreciação final do *habeas* em tramitação no Superior Tribunal de Justiça e, sucessivamente, o exame de fundo dessa medida. No mérito, pretendem seja realizada nova audiência de instrução e julgamento, nos termos do artigo 212 do Código de Processo Penal, determinando-se a expedição de alvará de soltura para que o paciente aguarde solto o curso da ação penal.

Consulta ao sítio do Tribunal de Justiça revelou haver o Juízo condenado o paciente a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, ante o cometimento do delito versado nos artigos 33, cabeça (tráfico de drogas), combinado com o 40, inciso III (causa de aumento de pena em razão da prática nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais), da Lei nº 11.343/2006. Absolveu-o da imputação relativa à associação para o tráfico. Negou o direito de recorrer em liberdade, determinando a expedição de mandado de prisão, cujo cumprimento não há notícia. Apelação interposta pela

HC 161658 / SP

defesa encontra-se pendente de exame.

No Superior Tribunal de Justiça, o Relator indeferiu liminarmente o *habeas* de nº 465.846. Na sequência, a Sexta Turma desproveu agravo formalizado.

O pedido de liminar foi deferido pelo Ministro Relator em 7/8/2019, em decisão assim fundamentada (Doc. 13):

2. A sequência de veiculação de perguntas às testemunhas não foi cumprida. A magistrada que dirigiu as audiências não acolheu os pedidos da defesa voltados ao atendimento do disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal. Segundo informações prestadas ao Tribunal de Justiça, a Juíza teve como atendida a norma processual, cuja observância entendeu facultativa. Confirmam o seguinte trecho:

[...]

Ao final da audiência o mesmo patrono arguiu nulidade pela inobservância do artigo 212 do Código de Processo Penal, nulidade esta igualmente afastada a uma porque no início do ato o defensor poderia ter requerido oralmente que as perguntas fosse iniciadas pelas partes, o que não fez, limitando-se a informar que havia peticionado neste sentido, a duas porque a norma processual em questão não tem cunho impositivo, apenas orientador e dificilmente mostra-se de aplicação viável pelo evidente despreparo das partes quanto a melhor condução da inquirição do réu, reservando-se a estas a complementação das perguntas que já foram deduzidas pelo magistrado, este sim, apto a inquirição plena e completa.

[...]

A Magistrada estabeleceu critério à margem do versado no artigo 212 do Código de Processo Penal, a disciplinar que:

HC 161658 / SP

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.

O parágrafo único do artigo dispõe que, sobre os pontos não esclarecidos, o Juiz poderá complementar a inquirição. O teor desse dispositivo decorreu da Lei nº 11.690/2008. A ordem jurídica apenas prevê a possibilidade de o próprio Juiz veicular perguntas se verificados pontos não esclarecidos, ante o questionamento das partes. Tem-se a ofensa ao definido na norma.

3. Defiro a liminar, não nos termos em que pleiteada, para suspender o curso do processo-crime nº 0000003-95.2017.8.26.0571, da Primeira Vara Criminal da Comarca de Tatuí/SP.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (Doc. 16).

Iniciado o julgamento deste *writ*, em 14/5/2020, após o voto do Ministro MARCO AURÉLIO, o Relator, que deferia a ordem, pedi vista dos autos.

Feita essa breve retrospectiva dos fatos, **passo ao voto-vista**.

Nos termos da Súmula 691/STF, não cabe ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL conhecer de *Habeas Corpus* voltado contra decisão proferida por relator que indefere o pedido de liminar em impetração requerida a tribunal superior, sob pena de indevida supressão de instância. O rigor na aplicação desse enunciado tem sido abrandado por julgados desta CORTE somente em caso de manifesto constrangimento ilegal, prontamente identificável (HC 138.946, Rel. Min. MARCOAURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 25/4/2018; HC 128.740, Rel. Min. MARCOAURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 24/10/2016; HC 138.945-AgR, Rel.

HC 161658 / SP

Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 7/3/2017).

Além disso, sobreveio decisão monocrática do Ministro relator no Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem. Em 14 de maio de 2019, a Sexta Turma negou provimento ao Agravo Regimental interposto pela defesa. Essas circunstâncias supervenientes também impedem a análise da pretensão, na linha de entendimento firmado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. À guisa de mera exemplificação: HC 134.998, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 5/10/2017.

Não obstante, examino as questões suscitadas pela defesa e enfrentadas pelo Ministro Relator.

Conforme registrei no julgamento do HC 175.048 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 28/4/2020), a alteração ocorrida no art. 212, do Código de Processo Penal, por força da Lei n. 11.609/08, teve por escopo facilitar a coleta de provas, substituindo, no âmbito do processo penal, o modelo de *cross examination* pelo *direct examination*. Até então vigorava o modelo presidencialista, por meio do qual as inquirições da vítima e das testemunhas haviam de ser, sempre, intermediadas pelo Juiz de Direito (eram feitas, sem a mínima racionalidade, reperguntas das perguntas realizadas pelas partes).

Inclusive, na época em que fui Promotor de Justiça pude notar, diversas vezes, como esse sistema era inacreditável: você fazia a pergunta para o juiz, o juiz fazia a pergunta para a parte, a parte respondia para o juiz, ele respondia. Tudo isso, insisto, sem a mínima racionalidade.

Embora esse modelo de reperguntas, sob o meu ponto de vista, fosse inadequado, isso não significa que tal sistema era incompatível com a Constituição Federal, em razão do modelo acusatório (art. 129, I), tampouco tinha o condão de gerar "parcialidade" do Magistrado na condução da audiência.

O mencionado diploma reformador trouxe, apenas, uma mudança procedimental quanto à oitiva de vítimas ou testemunhas, buscando

HC 161658 / SP

evitar a velha repetição mecânica que o Magistrado fazia às perguntas formuladas pela acusação e pela defesa, haja vista que muitas dessas perguntas já eram facilmente compreendidas por quem as ouvia.

Ao contrário do que sustenta a defesa do paciente, a referida mudança não vedou, em nenhum momento, que o Magistrado possa fazer inquirição prévia. Não vedou que o Magistrado, enquanto presidente do processo, possa inquirir. Qual foi a grande alteração do 212, do Código de Processo Penal? Evitar algo extremamente arcaico em nosso Direito: todas as perguntas, sejam da acusação, sejam da defesa, serem feitas pelo Magistrado.

Basta a leitura dos referidos dispositivos para compreender de forma clara o que está sendo dito:

Redação antiga

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.

Redação atual

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).

Deste modo, as perguntas devem ser feitas 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*" (isso confirma a postura da presidência do Magistrado na produção probatória, nada obstante a sobredita mudança procedimental). Enfim, não há qualquer vedação legal para que o Magistrado inquiria as testemunhas. Nesse sentido, GUILHERME DE SOUZA NUCCI diz:

HC 161658 / SP

Porém, há de se ressaltar o seguinte: foi alterado, apenas, o sistema de inquirição feito pelas partes. Nada mais. O juiz, como presidente da instrução e destinatário da prova, continua a abrir o depoimento, formulando, como sempre fez, as suas perguntas às testemunhas de acusação, de defesa ou do júízo. Somente após esgotar o seu esclarecimento passa a palavra às partes para que, diretamente, reperguntem. Primeiramente, a acusação repergunta às suas testemunhas, para, na sequência fazer o mesmo a defesa. Em segunda fase, a defesa repergunta diretamente às suas testemunhas para, depois, fazer o mesmo a acusação (*Manual de processo penal e execução penal*, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 473).

E completa o referido doutrinador:

Há entendimento no sentido de que a nova redação do art. 212 do CPP alterou, inclusive, a ordem de inquirição, obrigando o juiz a dar a palavra, inicialmente, às partes, para que produzam suas perguntas diretamente às testemunhas (primeiro, o órgão acusatório às testemunhas por ele arroladas; depois, a defesa, às suas testemunhas). Ao final, se tiver interesse, o juiz poderá fazer perguntas para o seu esclarecimento pessoal.

Com isso não concordamos. A pretensão de transformar o processo penal brasileiro no sistema americano ou partir para o acusatório puro é frágil e inadequada. Não se terá um novo sistema processual penal pela modificação de um único artigo do Código de Processo Penal. Olvida-se, afinal, poder o magistrado produzir tantas provas quantas ele desejar, de ofício, sem que nenhuma das partes manifeste interesse. Olvida-se que, no cenário das testemunhas, o juiz do feito pode arrolar quem bem quiser, sem prestar contas às partes. Enfim, o julgador, mesmo após a reforma de 2008, continua o presidente da instrução, não sendo cabível que se diga ser o último a perguntar. As partes não passam a ter o domínio da instrução

HC 161658 / SP

ou da audiência, apenas reperguntam, isto é, dirigem indagações às testemunhas, quando não houver pergunta formulada pelo magistrado (*Manual de processo penal e execução penal*, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 474).

Igualmente, LUÍS FLÁVIO GOMES, ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO:

A leitura apressada deste dispositivo legal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Não parece ser exatamente assim. Basta ver, por exemplo, a redação do art. 188 do CPP, a determinar que, no interrogatório, de início as perguntas são formuladas pelo juiz que, depois, consultará às partes se há algo a ser esclarecido. E mesmo a atual redação do art. 473 do CPP, que, no plenário do júri, determina a primazia do juiz de colher o depoimento da vítima e das testemunhas, para depois facultar às partes a formulação de perguntas. Afrontaria mesmo nossa tradição conceder-se, desde logo, a palavra às partes, para que o juiz, por último, pudesse perguntar à testemunha. **Melhor que fiquemos com a fórmula tradicional, arraigada na "praxis" forense, pela qual o juiz dá início às suas indagações para, depois, facultar às partes a possibilidade de, também, inquirirem a testemunha, desta feita diretamente, sem a necessidade de passar, antes pelo filtro judicial** (*Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 302).

A propósito, acaso quisesse o legislador retirar por completo do Magistrado a primazia na inquirição das testemunhas, teria alterado também outros dispositivos legais do Código de Processo Penal que versam sobre matérias análogas, a exemplo do art. 473, que confere ao Magistrado, no procedimento especial do júri, a precedência em colher o depoimento da vítima e das testemunhas, a saber:

HC 161658 / SP

Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

Assim, a despeito da alteração na redação do art. 212, do Código de Processo Penal, ter objetivado a facilitação na coleta de provas e gerado certa controvérsia a respeito de quem deve iniciar a colheita dos depoimentos, esta CORTE firmou entendimento no sentido de que eventual violação à ordem de inquirição de testemunhas ou mesmo a formulação das perguntas pelo Magistrado e não diretamente pelas partes, caracterizaria, no máximo, nulidade relativa, passível, portanto, de comprovação de prejuízo pelas partes, a teor do princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563, do Código de Processo Penal).

Pertinentes, a respeito dessa temática, as lições de ADA, SCARANCA e MAGALHÃES: "*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 objetivo maior da atividade jurisdicional*" (*As nulidades no processo penal*, 12ª ed., 2011, Editora Revista dos Tribunais, p. 27). Nesse sentido: HC 130.433/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 19/04/2018; HC 132.149 AgR/AM, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/06/2017; RHC 129.663 AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 16/05/2017; RE 971.305 AgR/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 13/03/2017; RHC 128.827/MT, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/03/2017; HC 120.121 AgR/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 09/12/2016; HC 130.549 AgR/PA, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe de 17/11/2016; RHC 134.182/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 08/08/2016; HC 132.814/PR, Rel. Min. TEORI

HC 161658 / SP

ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 01/08/2016 e AP 481 EI-ED/PA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 12/8/2014.

Analisando o caso, o Superior Tribunal de Justiça consignou que (sítio do Tribunal):

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (fls. 415-422):

[...].

Acerca da nulidade suscitada, relacionada a não observância do disposto no art. 212 do Código de Processo Penal, o voto condutor do acórdão entabulou-se nos seguintes termos (fls. 330/333):

Em consulta ao processo digital pelo Sistema de Automação da Justiça (SAJ), confirma-se que a ilustre Magistrada a quo não seguiu o procedimento disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal, pois iniciou a inquirição das testemunhas, bem como não constou no início da gravação da audiência ter sido o paciente esclarecido sobre o direito de permanecer calado em seu interrogatório, como prevê o artigo 186 do mesmo Código.

No entanto, as alegadas irregularidades não são capazes de ensejar a nulidade da audiência de instrução em questão ou dos atos processuais subsequentes.

O sistema das nulidades processuais se funda na máxima “não há nulidade sem prejuízo” (artigo 563 do Código de Processo Penal). Ao interpretar esse dispositivo, o C. Supremo Tribunal Federal fixou posicionamento de que, independentemente de a nulidade ser absoluta ou relativa, há necessidade de demonstração do prejuízo. Confira-se: [...].

Ainda que presentes tais irregularidades, tal circunstância não afasta a necessidade de comprovação do prejuízo delas decorrente, tarefa da qual os dignos impetrantes não se desincumbiram.

Esclarece-se que, após a inquirição das testemunhas

HC 161658 / SP

pelo juízo a quo, foi dada a oportunidade às partes para formularem as perguntas que entendessem cabíveis. Dessa forma, apesar da inversão da ordem das indagações, foi respeitado o contraditório e a ampla defesa, não sendo constatado, no exame perfunctório característico deste writ, cerceamento da atividade defensiva. Tampouco se pode extrair da situação narrada pelos impetrantes que a Magistrada tenha agido com parcialidade no tratamento às partes ou na coleta da prova. Nesse sentido: [...].

Da mesma forma não se observou qualquer prejuízo à defesa do ora paciente por não ter sido informado, no início de seu interrogatório, acerca do direito ao silêncio. Destaca-se que, durante o ato ora analisado, foi ressaltada ao paciente a possibilidade dele manter-se calado, porém ele optou por responder às perguntas da Magistrada.

Convém sublinhar, neste ponto, que o paciente refutou a acusação de forma clara e objetiva, salientando, dentre outros aspectos, ser pessoa com deficiência visual, circunstância que lhe dificultaria a prática e a associação para o comércio de drogas. Nesse sentido: [...].

Assim, inexistente constrangimento ilegal, não há razão para concessão da ordem para anular a audiência realizada em 29 de maio de 2018 e, conseqüentemente, resta prejudicada a impetração no que se refere ao alegado excesso de prazo.

Verifica-se, por fim, que foi concedida ao paciente a substituição da prisão preventiva por domiciliar (fl. 181).

Ante o exposto, denega-se a ordem impetrada.

Como se vê, a Corte local reconheceu a imprecisão cometida pelo julgador, no tocante a não observância do procedimento previsto no artigo 212 do Código de Processo Penal, tendo iniciado a inquirição das testemunhas, e só depois aberto o momento às partes. Porém, entendeu também que as alegadas irregularidades não são capazes de ensejar a nulidade da audiência de instrução em questão ou dos atos processuais

HC 161658 / SP

subsequentes (fl. 330) pois não impedem a necessidade de comprovação do prejuízo delas decorrentes.

O entendimento esposado pelo Tribunal está em consonância à orientação deste Superior Tribunal de Justiça.

Vale ressaltar que a jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de que eventual inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, além do reconhecimento da alegação no momento oportuno, a comprovação do efetivo prejuízo, o que não ocorreu. Por oportuno: [...].

In casu, conforme observado no acórdão, cumpre ressaltar que após a inquirição das testemunhas pelo julgador, foi concedido momento às partes para formulação das perguntas pertinentes, respeitado o contraditório e a ampla defesa, não sendo constatado, ao menos na estreita via deste habeas corpus, cerceamento da atividade defensiva apta a caracterizar prejuízo para se declarar a nulidade.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Como se vê, limita-se o agravante a reiterar as razões deduzidas no habeas corpus, postulando mais uma vez o reconhecimento de nulidade da audiência realizada nos autos da Ação Penal 0000003-95.2017.8.26.0571, por violação do art. 212 do Código de Processo Penal, em razão de ter o magistrado formulado perguntas às testemunhas antes das partes.

Não foram trazidos elementos suficientes para infirmar a decisão impugnada, que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, sendo a qual eventual inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, além do reconhecimento

HC 161658 / SP

da alegação no momento oportuno, a comprovação do efetivo prejuízo, conforme a série de julgados colacionados na decisão.

Ademais, quedou-se o agravante em indicar os prejuízos concretos decorrentes da nulidade suscitada, insistindo em afirmar apenas que o dano deriva, de forma genérica, do ônus por suportar uma ação penal eivada de vício.

Dessa forma, nenhuma censura merece o decisório agravado, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Portanto, o acórdão impugnado encontra amparo na jurisprudência de ambas as Turmas deste SUPREMO TRIBUNAL, no sentido de que a *inobservância do procedimento previsto no parágrafo único do art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita* (RHC 122.467/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 04/08/2014). Precedentes: HC 172.697 AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 28/10/2019; HC 114.789/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 30/09/2014; HC 114.512/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 08/11/2013; RHC 117.665/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 03/10/2013; HC 114.787/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 14/08/2013 e RHC 111.414/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 27/08/2012.

Mesmo porque, diversamente do que alegado pelo paciente, a iniciativa instrutória do Magistrado não macula sua imparcialidade. Como é cediço, *o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório* (REsp 192.681/PR, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, julgado em 02/03/2000).

Logo, não houve, a meu ver, quebra do contraditório ou da ampla defesa no caso concreto, tampouco demonstração inequívoca do prejuízo causado (houve apenas alegações genéricas de prejuízos presumidos).

HC 161658 / SP

Por fim, o ato impugnado não enfrentou a alegação de excesso de prazo. Diante disso, em princípio, tornar-se-ia inviável a esta SUPREMA CORTE conhecer dela originariamente, sob pena de indevida supressão de instância e violação das regras constitucionais de repartição de competências (HC 139.864-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 6/6/2018; HC 132.864-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 18/3/2016; HC 136.452-ED, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 10/2/2017; HC 135.021-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 6/2/2017; HC 135.949, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 24/10/2016).

No presente caso, entretanto, há ilegalidade a justificar a intervenção desta SUPREMA CORTE.

Isso porque, segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante em 31/12/2016, convertida a prisão em preventiva em 1º/1/2017 (Doc. 5, fl. 12 e fls. 23-27).

Em 16/5/2018, nos autos do HC 2092623-25.2018.8.26.0000 - TJSP, foi deferida liminar, confirmada em 11/6/2018, para substituir por domiciliar a prisão preventiva de Jorge Miguel Ferreira, ao argumento de que, *em que pese a imputação contra o ora paciente, verifica-se dos autos que ele é cego, de modo que, nos termos do artigo 318, inciso II, do Código de Processo Penal, faz jus à prisão domiciliar* (Doc. 4, fls. 85-87).

Posteriormente, em 6/12/2018, o réu foi condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/06, pois ele e outros agentes *traziam consigo, tinham em depósito, guardavam e ocultavam, para entrega de qualquer forma ao consumo de terceiros, 01 (uma) porção a granel de Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como maconha”, com peso aproximado de 100 g, 03 (três) porções de Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como “maconha”, com peso aproximado de 07,0 g, 01 (uma) porção a granel de Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como “maconha”, com peso aproximado de 29,0 g, 04 (quatro) porções de Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como “maconha”, com peso aproximado de 04,0 g, 01 (uma) porção de*

HC 161658 / SP

cocaína, com peso aproximado de 26,0 g, 10 (dez) porções de cocaína com peso aproximado de 07,0 g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Na ocasião, o magistrado sentenciante negou ao paciente o direito de apelar em liberdade, atentando-se ao fato de que ele se encontra submetido à prisão domiciliar, pois entendeu que “as mesmas razões que determinaram a segregação cautelar dos acusados ainda permanecem presentes, vendo-se ainda mais necessária a manutenção da custódia dos réus. Outrossim, GUILHERME, JORGE e EVANDRO ostentam condenações criminais definitivas anteriores, revelando que, acaso soltos, tornarão a delinquir, acrescendo a necessidade da manutenção de suas custódias cautelares para preservar a ordem pública”.

Diante desse quadro, a medida cautelar extrema não mais se justifica. Com efeito, o período de enclausuramento, que ultrapassou a metade da pena inicialmente imposta, indica que a manutenção da prisão decretada não se reveste de adequação e proporcionalidade, sendo possível sua substituição por medidas cautelares diversas (CPP, art. 319), que se revelam, na espécie, suficientes para garantir a ordem pública, a aplicação da lei penal e a regular instrução criminal.

Diante do exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM PARA REVOGAR A PRISÃO** decretada contra o paciente nos autos da Ação Penal 0000003-95.2017.8.26.0571, em trâmite na Primeira Vara Criminal da Comarca de Tatuí/SP, sem prejuízo da fixação de medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

É o voto.

02/06/2020

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 161.658 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Também tenho esse entendimento sobre a possibilidade de o juiz fazer inquirição independentemente de não estar o processo todo sob domínio do sistema presidencial do juiz.

De sorte que não vejo nulidade, mas fiquei sensibilizado por esse longo tempo de cumprimento de pena pelo paciente.

Acompanho a divergência nessa concessão parcial.

02/06/2020

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 161.658 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Vou pedir vênia ao Ministro Alexandre e ao Ministro Luiz Fux para acompanhar o eminente Relator. De fato, se houve alerta ao Juízo, entendo que cumpria observar o devido processo legal.

Por essa razão, acompanhando o Relator, temos configurado o empate, a ensejar deferimento mais amplo. Em *habeas corpus*, nessa hipótese, decide-se favoravelmente ao paciente, no caso.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 161.658

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) : JORGE MIGUEL FERREIRA

IMPTE.(S) : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO (161735/SP) E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTDO.(A/S) : EVANDRO LUIZ ALVAREZ FERNANDES

INTDO.(A/S) : GUILHERME DE JESUS FANTE

INTDO.(A/S) : JOSÉ LEONARDO RODRIGUES FLORENCIO

INTDO.(A/S) : DAIANE DE FATIMA RODRIGUES DA CRUZ

ADV.(A/S) : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO (1617325/SP)

ADV.(A/S) : CARLOS ALBERTO PEREIRA (116253/SP)

ADV.(A/S) : JOAO FRANCISCO (25599-A/MS, 335081/SP)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que deferia a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Presidência da Ministra Rosa Weber. Primeira Turma, 14.04.2020.

Decisão: Por **empate** na votação, a Turma deferiu a ordem, para assentar a nulidade a partir da audiência de instrução e julgamento, quando inobservada a norma processual, e afastar a prisão preventiva do paciente, implementada no processo nº 0000003-95.2017.8.26.0571, da Primeira Vara Criminal da Comarca de Tatuí/SP, devendo ser advertido na necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar possível transferência e de adotar a postura que se aguarda do cidadão integrado à sociedade, estendendo os efeitos da decisão, com as mesmas cautelas, por ser idêntica, no tocante ao excesso de prazo, a situação jurídica dos corréus José Leonardo Rodrigues Florência, Guilherme de Jesus Fante, Daiane de Fátima Rodrigues Cruz, Evandro Luiz Álvares Fernandes e Wilton da Silva Reis, nos termos do voto do Relator, vencidos, em parte, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso. Presidência da Ministra Rosa Weber. Primeira Turma, 02.06.2020.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

João Paulo Oliveira Barros
Secretário da Turma