



HABEAS CORPUS

SÉRIE: RELATÓRIO E VOTO

JULGAMENTOS - 01/04/2023.30/06/2023

MIN. ANDRÉ MENDONÇA
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mais informações: csl-edu.com.br



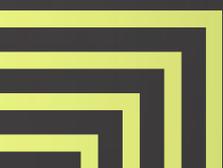
S

T

F

ABRIL

ORGANIZADOR: CLAUDIONEI SANTA LUCIA



HABEAS CORPUS 215.415 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ANDRÉ MENDONÇA
PACTE.(S) : JOAO CARLOS MACHADO
IMPTE.(S) : ARY FLORIANO DE ATHAYDE JUNIOR
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO. INICIATIVA DO JUIZ NA AUDIÇÃO DE TESTEMUNHAS. ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO: AUSÊNCIA. PRECLUSÃO. ILEGALIDADE MANIFESTA: NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. PEDIDO LIMINAR PREJUDICADO.

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão mediante o qual a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.626.777/SP.

2. Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado a 1 ano de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime do art. 359-C do Código Penal (assunção de obrigação no último ano do mandato). A pena foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

3. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação defensiva e aos embargos de declaração opostos na sequência. Recurso especial foi inadmitido.

HC 215415 / SP

4. Interposto agravo ao STJ, o Relator conheceu em parte do recurso especial, negando-lhe provimento. Seguiu-se o agravo regimental do qual resultou o ato ora impugnado.

5. A condenação transitou em julgado em 09/10/2020.

6. Neste *habeas corpus*, o impetrante aponta nulidade decorrente da postura do juiz na arguição das testemunhas, porquanto teria, segundo argumenta, assumido protagonismo na colheita da prova, desrespeitando o disposto no art. 212 do Código de Processo Penal. Menciona o decidido pela Primeira Turma no HC nº 187.035/SP, destacando passagem do voto proferido pela e. Ministra Rosa Weber na ocasião, segundo a qual o juiz deve exercer papel subsidiário, não podendo “*ser o protagonista do ato de inquirição e tomar para si o papel de primeiro questionador das testemunhas*”. Cita, no mesmo sentido, a decisão da Segunda Turma no HC nº 202.557/SP. Sustenta que o prejuízo à defesa está evidenciado pelo peso conferido, na sentença, à prova oral.

7. Requer, em sede liminar, a suspensão dos efeitos da condenação, sobrestando-se o início do cumprimento da pena, e, no mérito, a anulação do processo-crime, a partir da audiência de instrução.

É o relatório.

Decido.

8. Observa-se que o título condenatório transitou em julgado em 09/10/2020, tendo sido formalizada esta impetração apenas em 12/05/2022. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido da **inviabilidade de utilização do *habeas corpus* como sucedâneo de revisão criminal, salvo em hipóteses de manifesta ilegalidade**. (RHC nº 203.506-AgR/ES, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 23/08/2021, p.

HC 215415 / SP

25/08/2021; HC nº 154.106-ED/MS, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 29/06/2018, p. 06/08/2018; HC nº 135.239-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 07/08/2018, p. 17/09/2018; e HC nº 161.656-AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 23/10/2018, p. 31/10/2018).

9. Verificada a inadequação da via eleita, a **concessão da ordem de ofício é providência excepcional**, a ser implementada somente quando constatada flagrante ilegalidade, abuso de poder ou mesmo teratologia na decisão impugnada. Da análise das peças que instruem a impetração, no entanto, **não vislumbro situação a autorizá-la**.

10. O Juízo sentenciante rechaçou a alegação de nulidade decorrente da inversão da ordem na oitiva das testemunhas, nos seguintes termos:

“Melhor sorte não assiste à alegação de nulidade processual porque as perguntas foram iniciadas pelo magistrado. Primeiro, porque **o réu não demonstrou qual seria o prejuízo daí decorrente, já que a defesa teve ampla oportunidade de formular perguntas**. Segundo, porque a defesa, no ato de audiência, não manifestou qualquer oposição à forma de colheita da prova oral, de modo que não se sustenta a alegação após longo período de realização da audiência e sem qualquer prova de prejuízo ao réu.” (e-doc. 2, p. 12; grifos nossos).

11. Ao julgar a apelação, o Tribunal de Justiça reiterou a conclusão veiculada em primeira instância. No voto condutor do acórdão, assentou-se que não é razoável *“aceitar que no momento da audiência o profissional de cale, aceitando a forma de condução dos trabalhos, para, futuramente, como que a retirar um trunfo da manga, vir apontar nulidade processual”*. Acrescentou-se, ainda, que *“a audiência foi realizada, a acusação e a defesa tiveram oportunidade*

de formular as indagações e o episódio não acarretou prejuízo algum para o réu”.
(e-doc. 2, p. 23).

12. O Superior Tribunal de Justiça não dissentiu. No ato apontado como coator, registrou-se que **a inobservância da ordem prevista no art. 212 do CPP constitui nulidade relativa, demandando a comprovação de efetivo prejuízo** à parte, o qual, de acordo com as premissas delineadas na origem, não ocorreu (e-doc. 2, p. 44).

13. As conclusões veiculadas na instâncias antecedentes não destoam da jurisprudência desta Suprema Corte, que, além de considerar **relativa a nulidade** em questão, exige a **demonstração de prejuízo**, mesmo para as nulidades absolutas, e a **arguição em momento oportuno**, sob pena de preclusão. Nessa linha:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO (FEMINICÍDIO). INQUIRIRÃO DE TESTEMUNHAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. A jurisprudência desta Suprema Corte exige, como regra, a **demonstração concreta de prejuízo** tanto para as nulidades absolutas quanto para as nulidades relativas, marcadas que são pelo princípio do *pas de nullité san grief* previsto no artigo 563 do CPP. Precedentes. 3. Ato apontado coator em consonância com a jurisprudência de ambas as Turmas deste Supremo Tribunal Federal, em relação à inobservância do rito previsto no art. 212 do Código de Processo Penal, consolidada no sentido da nulidade relativa. Precedentes. 4. A

jurisprudência desta Suprema Corte entende ser imprescindível a arguição de nulidade a tempo e modo adequados, sob pena de preclusão. Precedentes. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.”

(HC nº 207.940-ED/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 09/03/2022, p. 16/03/2022; grifos nossos).

“Agravo regimental em recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal e Processo Penal. Tráfico de drogas. Legitimidade da atuação do relator na forma regimental (RISTF, art. 21, § 1º). Inexistência de afronta ao princípio da colegialidade. Precedentes. **Inquirição das testemunhas iniciada por perguntas formuladas pelo magistrado e, somente após, pelas partes. Alegação de ofensa ao art. 212 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08. Nulidade meramente relativa** (RHC nº 111.251-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 30/10/14). **Não demonstração de prejuízo** – *pas de nullité sans grief*. Inexistência de constrangimento ilegal. Absolvição. Impossibilidade. Reexame de fatos e provas. Agravo não provido.”

(RHC nº 208.024-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 02/03/2022, p. 25/04/2022; grifos nossos).

“RECURSO EM *HABEAS CORPUS* – ADEQUAÇÃO. Revela-se adequada a interposição de recurso ordinário, pouco importando o fato de o *habeas corpus*, cuja decisão é impugnada, haver sido formalizado em substituição a via recursal idêntica. **TESTEMUNHAS – AUDIÇÃO – FORMA – INOBSERVÂNCIA – NULIDADE – NATUREZA. A nulidade decorrente da inobservância do disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal é relativa, devendo ser articulada de**

imediate, sob pena de preclusão.”

(RHC nº 119.414/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, j. 08/02/2021, p. 22/02/2021; grifos nossos).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OITIVA DE TESTEMUNHA EFETUADA PELO JUIZ SINGULAR. INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO MAGISTRADO QUE NÃO MACULA SUA IMPARCIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE QUEBRA DO CONTRADITÓRIO OU DA AMPLA DEFESA. **PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.** 1. Esta SUPREMA CORTE já decidiu que ‘não obsta o Juiz de promover a inquirição das testemunhas, desde que respeitadas às formalidades previstas no Código de Processo Penal Brasileiro’ (HC 135.371/SC, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 11/10/2016). No mesmo sentido: HC 212.669/RS, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 6/4/2022. 2. Nessas circunstâncias, não há que se falar em violação do sistema acusatório, sobretudo porque a legislação processual penal, em decorrência dos princípios da busca da verdade real e do impulso oficial, previu hipóteses de atuação, como na espécie, pelo Juiz processante (CPP, arts. 209 e 212). 3. Além disso, **ficou registrado que não se observa nenhum prejuízo à defesa, que, inclusive, esteve presente na audiência ora atacada. Ainda, o recorrente nem sequer indicou de que modo a renovação do referido ato processual o beneficiaria, limitando-se a apontar, mediante considerações genéricas, violação ao devido processo legal.** 4. Responsabilidade penal do paciente amplamente examinada e decidida em sede própria (primeira e segunda instâncias). 5. Agravo Regimental a que se nega provimento.”

(RHC nº 220.007-AgR/MG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 18/10/2022, p. 21/10/2022; grifos nossos).

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Receptação. Audiência de instrução. Inobservância da regra sobre inquirição de testemunhas prevista no art. 212 do CPP. 3. Nulidade relativa. Prejuízo não comprovado. 4. Alegação que só interessa à parte contrária. 5. Recurso não provido.”

(RHC nº 111.414/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 14/08/2012, p. 27/08/2012).

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO DE TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. ADOÇÃO DO SISTEMA PRESIDENCIALISTA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – Não se pode aferir da leitura dos Termos de Depoimento que o juízo deprecado tenha adotado o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, em detrimento das alterações promovidas pela Lei 11.690/2008. II – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância da ordem de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo parágrafo único do art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. III – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, de acordo com o art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que ‘(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas’ (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. IV – A

decisão ora questionada está em perfeita consonância com o que decidido pelas duas Turmas desta Corte, 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.** V – Recurso ordinário ao qual se nega provimento.”

(RHC nº 122.467/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 03/06/2014, p. 04/08/2014; grifos nossos).

14. Por outro lado, cumpre fazer a distinção (“*distinguishing*”) entre a situação fática ora analisada e aquela subjacente aos precedentes citados na petição inicial, os quais **não se aplicam** ao presente caso.

15. Com efeito, tanto no HC nº 187.035/SP, apreciado pela Primeira Turma, como no HC nº 202.557/SP, julgado pela Segunda Turma, houve requerimento da defesa durante a audiência voltada à colheita da prova testemunhal, no sentido de ser observada a ordem do art. 212, o qual foi indeferido em ambos os casos. Confirmam-se os trechos dos acórdãos em que foi feito esse registro:

“2. Quanto à ordem de realização de perguntas às testemunhas, **na audiência do dia 28 de novembro de 2018, formalizou-se requerimento buscando a observância do disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal. O Juízo não acolheu o pedido**, sob os seguintes argumentos:

(...)

O critério ficou à margem do versado no artigo 212 do Código de Processo Penal: (...)”

(HC nº 187.035/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 06/04/2021, p. 14/06/2021 — p. 6-7 do acórdão; grifos

nossos).

“2.1. No caso específico dos autos, a acusação arrolou 3 (três) e, a defesa, 4 (quatro) testemunhas, todas ouvidas em ato processual conduzido pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Tupã/SP.

Já no início da audiência de instrução e julgamento o advogado do acusado apontou a desconformidade do procedimento adotado pelo Juiz com o disposto no art. 212 do CPP, insurgindo-se expressamente contra o modo de agir do magistrado que formulava perguntas às testemunhas de acusação antes mesmo de dar a palavra ao membro Ministério Público. Nada obstante, a irresignação foi repelida pelo Juízo singular nos seguintes termos:

(...)

Afastada a preliminar, deu o juiz seguimento à oitiva das testemunhas, de acusação e defesa, destacando-se que na oitiva de 2 (duas) das 3 (três) testemunhas de acusação o Juízo não só iniciou a produção probatória, como questionou os depoentes de forma exaustiva. A inquirição pelo magistrado foi tão detalhada que, terminada sua intervenção, e passada a palavra à acusação, declinou o Ministério Público de outras perguntas.”

(HC nº 202.557/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 03/08/2021, p. 12/08/2021 — p. 10 do acórdão; grifos nossos).

16. A situação vista nestes autos, portanto, é diversa, **tendo em conta que a audiência transcorreu sem qualquer insurgência da defesa, que, inclusive, formulou perguntas às testemunhas.** Nesse contexto, **ausentes a comprovação de prejuízo** — que não se configura pela simples inversão da ordem das perguntas ou pelo fato de o juiz haver levado a prova oral

HC 215415 / SP

em consideração ao sentenciar — **e requerimento da defesa no momento adequado, não há ilegalidade a ser reconhecida.**

17. Tendo em vista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **e não sendo caso de concessão da ordem de ofício**, o processo deve ser **extinto sem resolução de mérito.**

18. Ante o exposto, **nego seguimento ao *habeas corpus***, com base no art. 21, § 1º, do RISTF, **ficando prejudicado o pedido liminar.**

Publique-se.

Brasília, 2 de abril de 2023.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**
Relator