

***Habeas corpus* - Processo penal - Receptação, tráfico e associação para o tráfico de drogas - Sentença condenatória mantida em sede de apelação - Audiência de instrução e julgamento - Inversão na ordem de formulação das perguntas - Nulidade - Exegese do art. 212 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/08 - Ofensa ao devido processo legal - Constrangimento evidenciado - Ordem concedida**

1. A nova redação dada ao art. 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 necessários esclarecimentos.

2. Caracterizado o constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, quando o Tribunal, afastando preliminar defensiva em sede de apelação, admite que houve a inversão na ordem de formulação das perguntas.

3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.

4. Ordem concedida para anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212, do Código de Processo Penal.

**HABEAS CORPUS Nº 180.705 - MG (2010/0139245-4)
- Relatora: MINISTRA LAURITA VAZ**

Impetrante: Nicolau Achcar Santos Júnior. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Paulo Antônio Vieira Júnior (preso). Paciente: Leandro Pontara Silva (preso).

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, conceder a ordem, nos

termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 16 de junho de 2011 (data do julgamento) - *Ministra Laurita Vaz* - Relatora.

Relatório

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Paulo Antônio Vieira Júnior, condenado à pena de 10 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nos crimes de receptação e tráfico e associação para o tráfico de drogas, e Leandro Pontara Silva, condenado à pena de 09 anos e 06 meses de reclusão, como incurso nos crimes de tráfico e associação para o tráfico, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

Tráfico. Associação. Furto. Receptação. Preliminar. Oitiva de testemunhas que não observou o disposto no art. 212, do Código de Processo Penal. Nulidade de caráter relativo. Prejuízo não demonstrado. Rejeita-se. Apreensão de drogas em poder de apenas um dos réus. Delação de usuário. Depoimentos dos policiais que confirmam as investigações realizadas. Suficiência para a condenação. Ausência de drogas em poder dos co-réus. Absolvição em relação ao tráfico. Recebimento de bens produto de furto em troca de drogas. Caracterização da receptação. Furto de aparelho celular. Depoimento da vítima. Harmonia com o restante da prova. - A inobservância do disposto no art. 212, do Código de Processo Penal, durante a oitiva das testemunhas constitui nulidade apenas relativa, necessária a demonstração do prejuízo sofrido, o que não foi feito neste caso. - A delação do usuário, em harmonia com o restante da prova, principalmente os depoimentos dos policiais e a admissão da propriedade da droga, autoriza a manutenção da condenação. - Os depoimentos dos policiais que se mostram claros e harmônicos, revelando como se deram as investigações policiais, são suficientes para comprovar o crime de associação para o tráfico. - A ausência de drogas em poder dos co-réus e a inexistência de provas que permita atribuir-lhes a co-propriedade da droga impõe a absolvição quanto ao tráfico, por ausência de materialidade delitativa. - A apreensão de aparelho celular produto de furto em poder do réu condenado por tráfico caracteriza o crime de receptação, não sendo demonstrada a aquisição lícita do bem. - A palavra da vítima, que se harmoniza com a delação do co-réu e o teor das investigações policiais, é suficiente para manter a condenação do co-réu pelo crime de furto (f. 119).

O Impetrante defende, repisando os argumentos da preliminar sustentada no apelo defensivo, a nulidade do feito a partir da audiência de instrução e julgamento, inclusive, por ofensa ao disposto no art. 212, do Código de Processo penal, relativamente à ordem de inquirição das testemunhas.

Busca, assim, liminarmente, a concessão de alvará de soltura aos pacientes. No mérito, requer a concessão da ordem para anular a ação penal desde a audiência de instrução e julgamento reclamada, permitindo-se aos acusados responder ao processo em liberdade, diante do superveniente excesso de prazo.

O pedido liminar foi indeferido às f. 135/136, e os pedidos de reconsideração nos termos da decisão de f. 159/160.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às f. 153/157, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora) - O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar os recursos de apelação, admitiu que houve a inversão na ordem de formulação das perguntas. Entretanto, afastou a nulidade porque os réus foram interrogados nos termos do parágrafo único do art. 57, da Lei nº 11.343/06, aplicável à espécie, que autoriza o Juiz a presidir o ato e ser o primeiro a interrogar o réu, nada havendo que ser reparado.

Confirmam-se os seguintes excertos do acórdão proferido em sede de apelação:

Os réus Paulo Antônio, Leandro Pontara e Leandro Paulo Pining articulam preliminar sustentando a nulidade de toda a fase instrutória, ao fundamento de que não foi observada a regra do art. 212, do Código de Processo Penal por ocasião da oitiva das testemunhas, vulnerando o devido processo legal.

Compulsando os autos, tem-se que a oitiva de testemunhas, de fato, não obedeceu aos termos do art. 212, do Código de Processo Penal, sendo feita conforme dispunha a norma anterior, iniciando-se a inquirição pelo Juízo, seguindo-se perguntas do Ministério Público e das partes, conforme f. 302/350.

No entanto, não verifico a nulidade apontada.

Embora a Lei nº 11.690/08 tenha modificado a anterior redação do art. 212, do Código de Processo Penal, determinando que a oitiva de testemunhas será apenas complementada pela intervenção do Magistrado, tem-se que não cuidaram os apelantes de demonstrar qual o prejuízo sofrido. Saliente-se que, a teor dos arts. 563 e 566, ambos do Código de Processo Penal, as irregularidades apontadas não se traduzem em nulidade absoluta, mas apenas relativa, dependentes da comprovação do prejuízo.

Os recorrentes não informaram qualquer tese defensiva que deixou de ser questionada, tampouco em que a manutenção do rito anterior lhes prejudicou (f. 121).

A Lei nº 11.690/08 deu 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.

Não obstante haja resistência pertinente às mudanças procedidas na legislação processual penal, é certo que, com a nova redação dada ao aludido dispositivo, “o juiz simplesmente poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, cabendo-lhe ainda não admitir as perguntas que não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já feita” (SOUZA, José Barcelos de. *Boletim IBCCrim*. Novas leis de processo: inquirição direta de testemunhas. Identidade física do juiz. Ano 16, n° 188, julho, 2008, p. 15).

Por oportuno, mister transcrever lição da autoria de Eugênio Pacelli de Oliveira, *litteris*:

A Lei 11.690//08 trouxe importante alteração no procedimento de inquirição de testemunhas.

Ali se prevê que as perguntas das partes serão feitas diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem a repetição de outra já respondida (art. 212, CPP). E, mais ainda, prevê que o juiz poderá complementar a inquirição, sobre pontos eventualmente não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, CPP).

Observa-se, então, que a medida encontra-se alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se o risco, aqui já apontado, de tornar-se o magistrado um substituto do órgão de acusação. Assim, as partes iniciam a inquirição, e o juiz a encerra (*Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 370).

Ao dissertar sobre o tema, Aury Lopes Jr. assinala:

O antigo sistema ‘presidencial’, onde as perguntas eram feitas ao juiz e este as (re)formulava à testemunha, felizmente foi abandonado com a nova redação do art. 212 do CPP. [...]

Agora as perguntas serão diretas, com o juiz atuando como filtro, regulador dessa comunicação, para evitar a indução ou mesmo constrangimento de testemunha. Pela leitura do parágrafo único, a atuação do juiz, somente se dará sob os pontos não esclarecidos, ou seja, uma típica atividade complementar, secundária, portanto. (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 602.)

Não é demais destacar a opinião segundo a qual a referida mudança trouxe 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, inerente ao processo inquisitório, 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, leia-se:

A *cross-examination* constitui um traço saliente do sistema processual da *common law* no tocante à produção das provas e sempre foi visto pela doutrina deste Wigmore, como o meio mais eficaz para a descoberta da verdade (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As reformas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009, p. 285).

O aludido método é considerado elemento essencial e é tido como garantia fundamental pela Constituição nos países de *common law*, sendo, ainda, salientado pelo citado autor que no

cross-examination evidenciam-se as vantagens do contraditório na coleta do material probatório, uma vez que, após o exame direto, abre-se à parte contrária, em relação à qual a testemunha é presumidamente hostil, um amplo campo de investigação. No exame cruzado, é possível fazer-se uma reinquirição a respeito dos fatos já abordados no primeiro exame (*cross-examination as to facts*), como também formular questões que tragam à luz elemento para a verificação da credibilidade do próprio depoente ou de qualquer outra testemunha (*cross-examination as to credit*) (p. 286).

E conclui:

Trata-se, portanto, de mecanismos característicos de um sistema acusatório puro, cuja função é fundamental não somente para uma apuração mais correta dos fatos, mas principalmente para atestar a correção do debate dialético entre as partes, servindo igualmente à legitimação das decisões (p. 287).

Constata-se, então, que no caso vertente restou violado *due process of law* constitucionalmente normatizado, pois o art. 5º, inciso LIV, da Carta Política Federal, preceitua que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e na espécie o ato reclamado não seguiu o rito estabelecido na legislação processual penal, acarretando a nulidade do feito, porquanto, a teor do art. 212 do Código Instrumental, a oitiva das testemunhas deve ser procedida com perguntas feitas direta e primeiramente pelo Ministério Público e depois pela defesa, sendo que na hipótese, o Magistrado não se restringiu a colher, ao final, os esclarecimentos que elegeu necessários, mas realizou o ato no antigo modo, ou seja, efetuou a inquirição das vítimas, olvidando-se da alteração legal, mesmo diante do alerta ministerial no sentido de que a audiência fosse concretizada nos moldes da vigência da Lei n. 11.690/2008.

Quanto ao tema, aliás, mister lembrar o magistério de Alexandre de Moraes, *in verbis*:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito

de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe a paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa [...]. O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal ou civil ou em procedimento administrativo, inclusive aos militares, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 365).

Mais adiante o constitucionalista destaca que a “tutela jurisdicional efetiva supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o contraditório e a ampla defesa”, sendo que não constituem “mero conjunto de trâmites burocráticos, mas um rígido sistema de garantias para as partes visando ao asseguramento de justa e imparcial decisão” (p. 366).

Então, além de a parte ter direito à estrita observância do procedimento estabelecido na lei, conforme assegurado pelo princípio do devido processo legal, sendo importante lembrar que na espécie os Pacientes tiveram proferido julgamento em seu desfavor, certo é que, diante do novo método utilizado para a inquirição de testemunhas, a colheita da referida prova de forma diversa, ou seja, pelo sistema presidencial, indubitavelmente acarretou-lhes evidente prejuízo.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte Superior:

Processo penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Interceptações telefônicas. Nulidade. Não ocorrência. Audiência de instrução e julgamento. Procedimento realizado em desconformidade com os ditames legais. Inquirição direta pelo magistrado. Nulidade. Ordem parcialmente concedida.

I. Não procede a alegação de nulidade das interceptações telefônicas, diante da ausência de qualquer ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, restando afastada a hipótese de incompetência do Juízo que autorizou as escutas.

II. Hipótese em que o Juízo, ao determinar a interceptação telefônica, tinha notícia de que certo indivíduo estaria praticando o tráfico de entorpecentes na cidade de Porto Alegre, sendo que tanto os foros regionais como o foro central são competentes para o julgamento dos delitos cometidos na capital, uma vez que a divisão é meramente administrativa.

III. Eventual incompetência do Juízo que determina a interceptação não é capaz de macular o procedimento.

IV. Suposto descumprimento de determinações contidas nas decisões autoradoras das interceptações que não impediram a exata compreensão da acusação ou o pleno exercício do direito de defesa.

V. Inviabilidade de análise de certas peculiaridades em sede de *habeas corpus*, se os questionamentos foram submetidos e rebatidos nas instâncias ordinárias, que detêm maior amplitude cognitiva.

VI. Legitimidade das provas derivadas das interceptações telefônicas.

VII. A nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal conferida pela Lei 11.690/2008 suprimiu o sistema

presidencialista na oitiva das testemunhas em juízo para inaugurar o sistema acusatório, segundo o qual as vítimas, as testemunhas e o interrogado são inquiridos pela acusação e na seqüência pela defesa, possibilitando ao magistrado, supletivamente, caso queira complementar as declarações em pontos ainda não esclarecidos, proceder à sua inquirição. Precedentes.

VIII. A inversão dessa sistemática configura constrangimento ilegal, sanável pela via do *habeas corpus*.

IX. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator (HC 155.020/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 01.02.2011).

Penal e processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 33, § 4º da Lei 11.343/06. Inversão na ordem de quem formula as perguntas às testemunhas. Art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.690/2008. Nulidade absoluta. Alegações de possibilidade de suspensão condicional da pena e direito de recorrer em liberdade. Pleitos prejudicados em razão do reconhecimento de nulidade. Progressão de regime. Fato posterior à vigência da Lei 11.464/07. Lapso temporal para progressão de regime na fração de 2/5.

I - O art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, determina que as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, possibilitando ao magistrado, caso entenda necessário, complementar a inquirição acerca de pontos não esclarecidos.

II - ‘Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade (HC 121.216/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 01/06/2009; no mesmo sentido HC 137.091/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 13/10/2009);

III - Anulada a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, bem como os atos subsequentes, perdeu o objeto, o presente *writ*, no que tange aos pleitos referentes à possibilidade de suspensão condicional da pena e direito de recorrer em liberdade.

[...]’ (HC 153.140/MG, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12.08.2010, DJe 13.09.2010).

Habeas corpus. Processo penal. Nulidade. Reclamação ajuizada no tribunal impetrado. Julgamento improcedente. Recurso interposto em razão do rito adotado em audiência de instrução e julgamento. Inversão na ordem de formulação das perguntas. Exegese do art. 212 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/08. Ofensa ao devido processo legal. Constrangimento evidenciado.

1. A nova redação dada ao art. 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 seqüência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.

2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade.

3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do

método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.

4. Ordem concedida para anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212, do Código de Processo Penal (HC 137.089/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22.06.2010, DJe de 02.08.2010).

Nesse passo, em que pese os judiciosos fundamentos expostos no aresto hostilizado, o qual, mesmo admitindo que houve a inversão apontada pelo Impetrante, não anulou a audiência procedida em desacordo com o art. 212 do Diploma Processual Repressivo, resta suficientemente demonstrada a nulidade decorrente do ato em apreço, em razão de evidente ofensa ao devido processo legal, sendo mister reiterar que contra os Pacientes foi proferida sentença condenatória, édito repressivo que encontra suporte nas declarações colhidas em desacordo com a legislação em vigor, bem demonstrando que, a despeito de tratar-se ou não de nulidade absoluta, houve efetivo prejuízo, quer dizer, é o que basta para se declarar nulo o ato reclamado, assim como os demais subsequentes, e determinar-se que outro seja realizado dentro dos ditames legais.

Por fim, ressalto que se dessume dos autos que o primeiro Paciente foi preso em flagrante, no dia 02 de fevereiro de 2009, e o segundo um pouco depois em virtude de decreto de prisão preventiva, permanecendo custodiados durante toda a instrução. Em sendo assim, considero temerário expedir alvará de soltura em favor dos acusados.

Ante o exposto, concedo a ordem para anular a audiência realizada em desconformidade com o contido no art. 212, do Código de Processo Penal e os atos subsequentes, determinando-se que outra seja procedida, nos moldes do referido dispositivo.

É o voto.

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, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.”

Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília, 16 de junho de 2011. - *Lauro Rocha Reis*
- Secretário.

(Publicado no DJe de 28.06.2011)