

HABEAS CORPUS Nº 121.216 - DF (2008/0255943-3)

IMPETRANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : RAUL SOUZA DOS SANTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em favor de RAUL SOUZA DOS SANTOS, contra acórdão proferido pela 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça daquele Distrito, que negou provimento à Reclamação nº 20080020117923 ajuizada nos autos do Processo-Crime nº 2007.03.1.006253-0, da Primeira Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF, em que restou condenado o paciente à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito disposto no art. 157, *caput*, do Código Penal, sendo o aresto assim ementado:

“CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCESSO PENAL. RITJDFT. DEVIDO PROCESSO LEGAL E SISTEMA ACUSATÓRIO. ARTIGOS 5º, LIV E 129, I, DA CARTA MAGNA. ART. 212, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 84, II, DO REGIMENTO INTERNO. PREJUÍZO PARA O RECLAMANTE. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO NA AUDIÊNCIA, INCLUSIVE, REINQUIRINDO TESTEMUNHAS. RECURSO DESPROVIDO.

“1. O novo texto do art. 212, do Código de Processo Penal, esclareceu que as indagações, doravante, serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, e o Parágrafo único, de forma incontroversa, ser a inquirição pela autoridade judiciária complementar .

“2. No presente caso, a audiência foi realizada, e, em virtude das respostas dadas pelas testemunhas, conforme fls. 16 e 18, não se percebe o mínimo indício de comportamento irregular por parte do magistrado, que formulou perguntas sobre os meios, motivo e oportunidade utilizados pelo réu para cometer o delito. Dela participaram o d. Promotor de Justiça e a d. Defesa Técnica do réu, inclusive, formulando indagações. Não se percebe ter sido imparcial a autoridade judiciária.

“3. Além do mais, conforme inciso II, do art. 184, do RITJDFT, exige-se, para acolhimento da reclamação, que do ato processual surja dano irreparável ou de difícil reparação para o reclamante, situação fática que não ocorreu, pois, conforme realçado, da audiência participou o d. Promotor de Justiça, inclusive, também

Superior Tribunal de Justiça

reinquirindo as testemunhas.

“4. Nenhuma ofensa aos arts. 5º, LIV e 129, I, da Constituição Federal.

“5. Recurso desprovido” (fls. 53).

Narrou o impetrante que, designada audiência de instrução e julgamento, esta se realizou em desacordo com as normas contidas no art. 212 do Estatuto Processual Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690/2008, pois houve inversão na ordem de formulação das perguntas.

Entendeu que referido procedimento violou o citado dispositivo, assim como o sistema acusatório (art. 129, I, da CF), o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), causando nulidade absoluta do feito, que prescinde da demonstração do efetivo prejuízo e de dilação probatória ao seu reconhecimento.

Sustentou que em decorrência do aludido ato o paciente é vítima de constrangimento ilegal, postulando, assim, o deferimento da liminar, para que se suspendesse os efeitos da condenação até o julgamento final deste *writ*, e a concessão da ordem, para que se anule a audiência impugnada e os atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada nos moldes do art. 212 do Código de Processo Penal.

Instruiu a inicial com cópia de diversas peças processuais (fls. 28 a 76), sendo deferida a tutela de urgência (fls. 79 e 80) e prestadas informações pelo Juízo de Primeiro Grau (fls. 86 a 90) e pela autoridade impetrada (fls. 92 a 94 e 143 a 145), oportunidade em que acostou documentos (fls. 95 a 131 e 146 a 214).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 121.216 - DF (2008/0255943-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme se vislumbra dos elementos trazidos à colação no remédio constitucional *sub examine*, o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito de roubo simples, por ter, em tese, em novembro de 2006, subtraído das vítimas apontadas na exordial acusatória um telefone celular, além de alguns documentos (fls. 28 e 29).

A peça vestibular foi ofertada em agosto de 2007, sendo devidamente recebida pela autoridade judicial, que designou audiência para o interrogatório do paciente (fls. 30), entretanto, a partir de agosto de 2008 entrou em vigor a Lei nº 11.690, que 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”.

Emerge do termo que descansa a fls. 31 que, realizada audiência de instrução e julgamento no dia 14 de agosto do ano passado, quando já em vigor a legislação citada, oportunidade em que foram ouvidas as eventuais vítimas, o ato não se concretizou de acordo com o *novel* rito, tendo, então, o Órgão Ministerial, antes que se procedesse a oitiva, requerido que fosse obedecido o inserto nas normas processuais vigentes, sendo, porém, o pleito indeferido pelo Juízo *a quo*, ao fundamento de que *“tal dispositivo legal não trouxe qualquer inovação com relação ao sistema outrora estabelecido a respeito da presidência dos atos procedimentais realizados no curso das audiências, qual seja, sistema presidencial, o qual permanece em pleno vigor e, nessa condição, concede ao Magistrado o poder/dever de, caso queira, argüir primeiro as testemunhas arroladas pelas partes”.*

Nesses termos, a audiência foi realizada em conformidade com o ordenamento processual anteriormente em vigor (fls. 32 e 33), fato que deu azo ao ajuizamento de reclamação por parte do Ministério Público perante o Tribunal indicado como coator (fls. 34 a 44), ressalta-se, postulação elaborada pelo mesmo profissional

Superior Tribunal de Justiça

que, no uso de suas atribuições, ofertou denúncia contra o paciente.

A Corte Originária, no entanto, mesmo reconhecendo que no Juízo Singular incorreu-se "*em erro de procedimento*", negou provimento à reclamação, ao argumento de que, *in casu*, não restou comprovado o necessário prejuízo para nulificar o ato, sendo que da audiência o Ministério Público participou, sem que se observasse qualquer comportamento irregular por parte do Magistrado (fls. 53 a 61).

Inicialmente há que se ponderar que o paciente restou condenado ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além da multa-tipo, diga-se, com forte base na prova oral reclamada (fls. 69 a 72).

Não obstante haja resistência pertinente às mudanças procedidas na legislação processual penal, consoante salientado por ocasião do deferimento da pretensão sumária, 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, nº 188, julho, 2008, p. 15).

Por oportuno, mister transcrever lição da autoria de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, da obra *Curso de Processo Penal*:

“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” (11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 370).

Ao dissertar quanto à colheita da prova testemunhal, 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" (**Direito processual penal e sua conformidade constitucional** . 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 602).

E comentado o dispositivo citado, assevera que "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" (p. 602).

Na mesma linha vide PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, *in Curso de processo penal*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 334; e MARCELLUS POLASTRI LIMA, *in Manual de processo penal*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 431-3.

Não é demais destacar os comentários à alteração procedimental feitos na respeitável obra *As reformas no processo penal*, da qual se extrai a lição de ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, no sentido de que 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" (São Paulo: RT, 2009, p. 285).

Aliás, naqueles países, o aludido método é considerado elemento essencial e é tido como garantia fundamental pela Constituição, 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

Superior Tribunal de Justiça

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 nº. 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**

Superior Tribunal de Justiça

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 o paciente teve 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-lhe evidente prejuízo.

Nesse passo, em que pese os judiciosos fundamentos expostos no aresto hostilizado, o qual mesmo admitindo que houve a inversão apontada pelo Ministério Público, 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 o paciente 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.

Diante do exposto, confirmando-se a medida liminar deferida, concede-se 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.