HABEAS CORPUS Nº 484.699 - SP (2018/0336887-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	RICARDO PONZETTO
ADVOGADO	:	RICARDO PONZETTO - SP0126245
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	D A DE L

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de D A DE L, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0008660-81.2009.8.26.0223.

Consta dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau como incurso no artigo 213, c/c artigo 226, II, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, à pena de 11 anos e 3 meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado (estupro de vulnerável).

Irresignada, a defesa apelou perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado (fl. 60):

> *Estupro de vulnerável - Vítima menor de 14 anos de idade à época dos fatos - Coesão e harmonia do quadro probatório - Condenação mantida.*
>
> *Presunção de violência - Vítima menor de 14 anos de idade - Subsistência - Irrelevância do consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o réu Súmula 593 do C. STJ.*
>
> *Causa de aumento do artigo 226, II, do Código Penal - Crime praticado pelo padrasto - Subsistência.*
>
> *Continuidade delitiva - Inúmeras as práticas, em lapso superior a um ano, nas mesmas condições de tempo, lugar e mesmo modo de execução - Exasperação sob a quarta parte benévola.*
>
> *Regime prisional fechado - Subsistência ante a natureza hedionda do delito.*
>
> *Apelo defensivo improvido.*

No presente *mandamus*, sustenta o impetrante haver nulidade absoluta por *"observância ao sistema acusatório no processo penal – perguntas do magistrado a quo somente ao final e à título de complementaridade – descumprimento d o artigo 212, p.u., do CPP"* (fl. 5).

Pretende, em sede liminar, o deferimento de liminar para impedir a expedição do mandado de prisão e, no mérito, a concessão da ordem para declarara a *"nulidade (artigo 564, I V, do Codex Adjetivo Penal) das oitivas testemunhais em virtude da inobservância do disposto no artigo 212, parágrafo único, do CPP, com a consequente remessa dos autos para o juízo para o refazimento dos atos instrutórios a partir da Audiência de Instrução"* (fl. 13).

Liminar indeferida às fls. 105/106.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, conforme parecer de fls. 109/114.

É o relatório. Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

O Tribunal de justiça afastou a aventada nulidade mediante a seguinte fundamentação:

> *Infundada a preliminar suscitada, valendo trazer excertos do bem lançado parecer do ilustre Procurador de Justiça oficiante, ora adotado como razão de decidir: "(...) A inquirição inicial por parte do Juiz de Direito não impediu que as partes pudessem formular perguntas posteriormente, como se percebe claramente da prova testemunhal.*
>
> *Aliás, a ordem das perguntas realmente não interfere nas respostas, mesmo considerando a regra prevista no artigo 212 do Código de Processo Penal.*
>
> *Ademais, o termo de audiência não contém nenhuma impugnação específica por parte do d. Defensor a respeito da matéria agora objeto de pretendida nulidade processual (vide ata à fl. 119).*
>
> *(...) De outro lado, lembre-se que, em tema de nulidade, vigora o consagrado princípio jurídico importado do direito penal francês: "pas de nullité sans grief", ou seja, "não há nulidade sem prejuízo demonstrado", conforme dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal"* (fl. 93).

A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que a decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo

por aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*.

No caso em análise, a defesa não logrou demonstrar qual o prejuízo experimentado em razão da realização de perguntas diretamente pelo Juiz ao réu, restringido a sustentar a violação ao art. 212. Destaque-se que, no momento das oitivas, a combativa defesa não arguiu qualquer vício decorrente da inversão da ordem das perguntas.

Assim, conforme consta da sentença condenatória "*inviável presumir alteração das respostas das testemunhas na hipótese da ordem de inquirição ser observada*" (fl. 55). Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO FEITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. NULIDADE DECORRENTE DA INOBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE ARGUIÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS DENEGADO.*
>
> *1. É entendimento consolidado nos tribunais que os prazos indicados na legislação processual penal para a conclusão dos atos processuais não são peremptórios; assim, eventual demora no término da instrução criminal deve ser aferida levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto.*
>
> *2. Fica afastada, por ora, a alegação de excesso de prazo a consubstanciar flagrante ilegalidade que justifique a intervenção desta Corte Superior, uma vez que a instrução processual foi encerrada, as partes ofereceram as alegações finais e os autos estão conclusos para sentença.*
>
> *3. A inobservância do disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa. São necessárias, para seu reconhecimento, a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo, o que não ocorreu, uma vez que, presente em audiência, o causídico não fez constar da ata a nulidade suscitada.*
>
> *4. O acórdão impugnado foi claro ao evidenciar que, além de não haver alegado a apontada nulidade, no momento oportuno, a defesa não comprovou a ocorrência de nenhum prejuízo aos réus em virtude da inversão da ordem de questionamentos às testemunhas.*
>
> *5. Esta Corte Superior tem entendimento de que, em homenagem ao art.*
>
> *563 do CPP, não se declara a nulidade do ato processual - seja ela relativa, seja absoluta - se a arguição do vício: a) não foi suscitada em prazo oportuno e b) em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte, hipótese destes autos.*

6. Habeas corpus denegado (HC 460.697/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 08/03/2019).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. IMPRESCINDIBILIDADE. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NÃO CONFIGURADO PREJUÍZO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A não observância da regra do art. 212 do CPP, por se tratar de nulidade relativa, exige a arguição no momento oportuno, sob pena de preclusão, bem assim a comprovação do alegado prejuízo, conforme o princípio do pas de nullité sans grief. Precedentes.

III - In casu, a Defesa deixou de arguir a nulidade apontada em momento oportuno, isto é, durante a própria audiência de instrução e julgamento. Logo, ocorreu a preclusão consumativa da matéria.

IV - Além disso, a impetração limitou-se a arguir de forma genérica e superficial a suposta nulidade do ato, deixando de apontar e demonstrar a ocorrência de prejuízo.

Habeas corpus não conhecido (HC 472.118/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 06/11/2018).

Ausente, portanto, qualquer constrangimento que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea *a*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço da presente impetração.

Publique-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator