

**HABEAS CORPUS Nº 548.120 - MS (2019/0354234-1)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
FRANCISCO CARLOS BARIANI  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PACIENTE** : L A DA S C (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de L. A. DA S. C. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 0001320-72.2015.8.12.0027.

O Paciente foi condenado à pena de 40 (quarenta) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime do art. 217-A *caput*, c.c. os arts. 226, inciso II, e 71, todos do Código Penal (por duas vezes).

Inconformada, a defesa interpôs Apelação perante a Corte de origem, objetivando anular a audiência de instrução e julgamento por suposta inobservância do art. 400 do Código de Processo Penal.

O Tribunal *a quo*, em 07/11/2019, conheceu parcialmente do recurso defensivo a fim de reformar a decisão de primeiro grau no tocante à aplicação do patamar de 1/6 (um sexto) para o aumento da pena pela continuidade delitiva, reduzindo, assim, a reprimenda para 28 (vinte e oito) anos de reclusão, em regime fechado, nos termos do art. 217-A, c.c o art. 226, II e art. 71, todos do Código Penal (duas vezes), mantendo, no mais, a sentença condenatória. O julgado foi assim ementado (fls. 375-376):

*"APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRELIMINAR – INVERSÃO NA ORDEM DA INQUIRIRÇÃO DA TESTEMUNHA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO - AFASTADA - ABSOLVIÇÃO – AUSÊNCIA DE CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE – FALTA DE PROVAS PARA COMPROVAR A*

*CAUSA LIMITADORA DA CONDUTA - PROVAS ROBUSTAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA – PALAVRA DA VÍTIMA RESPALDADA POR OITIVA TESTEMUNHAL – NEGATIVA DE AUTORIA ISOLADA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 215-A DO CÓDIGO PENAL OU ARTIGO 232 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – IMPOSSIBILIDADE – VIOLÊNCIA PRESUMIDA - REDUÇÃO DA PENA-BASE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - INCABÍVEL – SÚMULA 231 DO STJ - CONTINUIDADE DELITIVA MANTIDA – REDUZIDO O PATAMAR DA APLICAÇÃO À RAZÃO DE 1/6 - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*I – A inversão da ordem da inquirição da testemunha não constitui vício capaz de levar a nulidade do ato processual, em razão da não comprovação do efetivo prejuízo ao réu.*

*II - Comprovadas de forma robusta a materialidade e a autoria delitivas do crime de estupro de vulnerável praticado contra menor de 14 anos, descabe cogitar-se a absolvição, mormente quando a palavra da vítima é segura e harmônica nas vezes em que foi ouvida e vem respaldada pelas demais provas produzidas nos autos.*

*III – As condutas descritas no processo não podem ser capituladas no artigo 215-A do Código Penal ou no artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois trata-se de estupro de vulnerável, onde a violência é presumida, de modo que nem o consentimento da vítima afastaria a ilicitude das condutas.*

*IV – A despeito do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, mostra-se incabível a redução da pena-base aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ.*

*V – Não sendo possível mensurar com exatidão o lapso temporal delitivo ou o número de vezes em que os abusos ocorreram, não há elementos suficientes a sustentar o aumento de pena no seu patamar máximo. Assim, reforma-se a sentença para aplicar o patamar de aumento de pena pela continuidade delitiva à razão de 1/6.*

*VI - Em parte contra o parecer, recurso parcialmente provido."*

Neste writ, a Impetrante sustenta, em suma, que houve nulidade por cerceamento de defesa em razão do descumprimento de norma legal expressa no artigo 400 do Código de Processo Penal, pois "o interrogatório do réu deve ser o último ato da instrução processual, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do Devido Processo Legal, de modo que mostra-se imprescindível para sua efetiva defesa e, não necessariamente de demonstração cabal do prejuízo sofrido, posto que latente o prejuízo causado pela sua inversão" (fl. 17).

Aduz, ainda, que "a presença de CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES

*SEMPRE fazem com que a pena seja reduzida e, se todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do CP forem favoráveis ao acusado, levando a fixação da pena-base (primeira fase dosimétrica) para o mínimo legal, nos afigura inadmissível a dogmatização, o entendimento de ser impossível a aplicação da atenuante com a consequente redução da pena intermediária (segunda fase dosimétrica) para alguém do mínimo legal, sob pena de odiosa afronta, dentre outras diretivas já apontadas, ao princípio da individualização da pena em seu aspecto material, além de desabrido julgamento contra legem." (fl. 30).*

Requer, em liminar, seja a ordem concedida para decretar a nulidade do processo, ante a inversão na ordem do interrogatório, e, no mérito, que seja aplicada na segunda fase da dosimetria da pena do Paciente a atenuante da confissão espontânea, com a redução da pena alguém do mínimo legal (fl. 34).

É o relatório.

Decido o pedido urgente.

A concessão da tutela de emergência, em juízo de cognição sumária e singular, exige a demonstração concomitante, e em grau bastante satisfatório, da plausibilidade do direito arguido e do perigo na demora. Todavia, ao menos por ora, não se mostram presentes os pressupostos autorizadores da medida urgente requerida no caso em apreço.

O Colegiado de origem expôs as seguintes razões ao não acolher a tese de nulidade do processo a partir da audiência de instrução e julgamento em face da inversão na ordem do interrogatório do Réu, ora Paciente (fl. 379, sem grifos no original):

*"O apelante suscita preliminarmente a nulidade do processo desde a audiência de instrução e julgamento em razão da inversão da ordem legal para a oitiva das testemunhas, haja vista que uma testemunha foi ouvida dias após o interrogatório do réu, maculando o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.*

*Pois bem. Em relação à ordem instrutória da instrução processual, esta é regulada pelo artigo 400, do Código de Processo Penal, que preconiza que serão tomadas primeiramente as declarações do ofendido, posteriormente à inquirição das testemunhas da acusação e depois da defesa, com ressalva às que serão inquiridas via carta precatória, após serão feitos os esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas e, no por último, o*

*interrogatório do réu.*

*Assim, a literalidade do artigo estabelece que o interrogatório ocorra somente após a coleta de todas as provas.*

*No caso em questão, está claro que houve a inversão da ordem no curso da instrução processual, uma vez que a testemunha N. D. F. fora ouvida posteriormente ao interrogatório do apelante (p. 144), uma vez que houve a necessidade de expedição de carta precatória para sua oitiva e, posteriormente, tendo ela retornado à cidade de Batayporã, foi inquirida diretamente pelo Juízo.*

*A corrente adotada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “a inobservância da ordem de inquirição de testemunhas não constitui vício capaz de inquinar de nulidade o ato processual ou a ação penal, razão por que a demonstração do efetivo prejuízo se faz necessária para a invalidação do ato” (HC 112.446 - Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012), ou seja, trata-se de nulidade relativa, devendo o prejuízo vir demonstrado nos autos.*

[...]

*Assim, em análise ao processo, não foi possível constatar o suposto prejuízo sofrido pelo réu, limitando-se a defesa à impugnação sem ressaltar o prejuízo causado.*

*Acrescenta-se, ainda, que a audiência da oitiva de mencionada testemunha foi acompanhada pela Defensora Pública Estadual, que não fez qualquer alegação no momento oportuno, portanto preclusa a matéria.*

*Posto isto, rejeito a preliminar de nulidade da instrução processual, por ausência de prejuízo sofrido por parte do apelante.”*

Como se percebe, a decisão do Tribunal *a quo* não se apresenta, em princípio, desarrazoada ou ilegal, uma vez que segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “o processo penal é regido pelo princípio do *pas de nullité sans grief* e, por consectário, o reconhecimento de nulidade, ***ainda que absoluta, exige a demonstração do prejuízo*** (CPP, art. 563)” (RHC n.º 101.956/MG, Rel. Ministro FELIX FISHER, QUINTA TURMA, DJe 03/10/2018, sem grifos no original).

E, ademais, especificamente quanto ao caso em questão, é firme o entendimento de que, para que se reconheça nulidade pela inversão da ordem de oitiva em audiência, “é necessário que o inconformismo defensivo tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão, ***bem como que é necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria***

# *Superior Tribunal de Justiça*

*sofrido com a citada inversão."* (AgRg no HC 496.341/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019, sem grifos no original).

Assim, o caso em análise não se enquadra nas hipóteses excepcionais passíveis de deferimento do pedido em caráter de urgência, por não veicular situação configuradora de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade sanável neste juízo perfunctório, devendo a controvérsia ser decidida após a tramitação completa do feito.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Solicitem-se informações pormenorizadas ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio das quais deverá constar a respectiva senha ou chave de acesso para consulta ao andamento processual, caso a página eletrônica da Corte *a quo* requeira a sua utilização.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora