



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000964720

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500489-82.2021.8.26.0274, da Comarca de Itápolis, em que são apelantes LUCAS ORTELANI DELMILIO e JOÃO VITOR PAZ SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso para acolher a preliminar defensiva de nulidade da audiência de instrução por ofensa ao art. 212 do CPP, determinando-se de devolução dos autos à origem para a realização de nova audiência de instrução, debates e julgamento, por v.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) E LEME GARCIA.

São Paulo, 24 de novembro de 2022.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 5947

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal 1500489-82.2021.8.26.0274

Apelantes: JOÃO VITOR PAZ SILVA e LUCAS ORTELANI DELMILIO

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Itápolis

Apelação. Recurso da defesa. Roubo em concurso de agentes, mediante emprego de arma de fogo. Preliminar. Nulidade da instrução por inobservância do procedimento desenhado pelo art. 212 do Código de Processo Penal. Inquirição inaugurada pelo juiz. Comprometimento da imparcialidade. Nulidade na tomada de declarações da vítima e testemunhas. Mérito. Pleito objetivando a absolvição dos réus por insuficiência probatória. Pleito subsidiário: afastamento das majorantes do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo. A defesa de Lucas postula, ainda, a redução da pena e o reconhecimento da minorante da participação de menor importância.

1. Preliminar. Violação do procedimento previsto no art. 212, do Código de Processo Penal. 1.1. A simples antecipação do juiz na produção da prova oral não expressa, de partida, uma violação do sistema acusatório, ou mesmo o comprometimento do atributo da imparcialidade. O problema não se encerra na iniciativa, mas sim na forma de sua realização. A exploração dos registros de memória da testemunha subtrai do acusador a atividade que lhe é reservada em decorrência do ônus probatório que lhe é imposto pelo princípio constitucional da presunção de inocência. É, portanto, na forma do proceder que resta o comprometimento da imparcialidade objetiva. Foi esta a percepção que ditou a redação do art. 3-A, incorporado pela Lei 13.964/2019 e cuja eficácia foi indevidamente suspensa. O dispositivo admite a iniciativa instrutória do juiz, vedando, contudo, a "substituição da atuação probatória do órgão de acusação". A questão é, portanto, de intensidade. 1.2. Hipótese em que o juiz fez uma breve exposição sobre os fatos apurados e, em seguida, indagou dos depoentes o que sabiam a respeito. Após as considerações preliminares dos depoentes, o i. Magistrado fez a cada um deles diversas perguntas, praticamente esgotando a colheita das provas. A forma como o juiz os inquiriu, portanto, demonstrou ingerência



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

no papel que é próprio das partes, sobretudo da acusação. Situação em que a autoridade judiciária não se limitou a estimular a evocação espontânea da memória, imiscuindo-se no papel inerente ao órgão acusador. Procedimento que violou a matriz acusatória do processo penal. Imparcialidade do juízo comprometida. Violação ao devido processo penal. Precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 1.3. Nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal que incorpora dinâmica própria do processo adversarial, no qual reserva-se às partes o protagonismo na gestão do processo e, especialmente, na produção da prova. Interesse das partes na exploração dos meios de prova como forma de fixar, na mente do julgador, a sua visão sobre os fatos e os termos da imputação. 1.4. Hipótese em que a antecipação do juiz representou uma inquirição antecipada. Subtração do movimento das partes. Configuração evidente do prejuízo. Violação à paridade de armas. Nulidade configurada. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

2. Recurso conhecido para acolher a preliminar defensiva de nulidade da audiência de instrução por ofensa ao art. 212 do CPP. Determinação de devolução dos autos à origem. Prejudicado o exame do mérito do recurso.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelas defesas dos apelantes **JOÃO VITOR PAZ SILVA** e **LUCAS ORTELANI DELMILIO**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito Dr. Gustavo Abdala Garcia de Mello, da 2ª Vara da Comarca de Itápolis**, que, julgando procedente a ação penal, condenou, **o primeiro**, ao cumprimento de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, e **o segundo**, ao cumprimento de 09 (nove) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa, em ambos os casos, como incursos no artigo 157, §2º, inciso II, e §2º-A, inciso I, na forma dos artigos 29 e 70, todos do Código Penal (fls. 872/885).

A defesa de **JOÃO VITOR** pugna pela absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteia o afastamento das qualificadoras do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo (fls. 478/481).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A defesa de LUCAS ORTELANI suscita questão preliminar invocando a nulidade processual em decorrência da forma como se deu a oitiva das testemunhas e o interrogatório do réu, pois, no seu entender, não teria sido respeitado o procedimento estabelecido pelo art. 212 do Código de Processo Penal. Afirma que a autoridade judiciária foi quem iniciou e conduziu toda a inquirição, violando, dessa forma, a prerrogativa das partes de inauguração da exploração da prova oral. Pedes pela declaração da nulidade do ato com a determinação de devolução dos autos à origem para a repetição, respeitando-se, dessa forma, as diretrizes da lei processual. No mérito, pugna pela absolvição, aduzindo insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugna pelo afastamento das qualificadoras do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo, bem como pelo reconhecimento da minorante da participação de menor importância. Postula, ainda, a redução da pena (fls. 513/553).

Contrarrazoado (fls. 558/561), em parecer, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pela rejeição da preliminar de nulidade e, no mérito, pelo não provimento do recurso (fls. 573/580).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

A apelação deve ser admitida.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a parte se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os pressupostos subjetivos. A defesa possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

2. Dos termos da Imputação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Os acusados foram denunciados e processados pela prática do delito tipificado pelo artigo 157, §2º, inciso II, e §2º-A, inciso I, na forma dos artigos 29 e 70, todos do Código Penal, pois consta que no dia 07 de junho de 2021, por volta de 16h11, no estabelecimento comercial denominado “Pneucar Itápolis Ltda.”, localizado na Avenida Presidente Valentim Gentil, nº 1261, Centro, na cidade e comarca de Itápolis, agindo em concurso, cada qual aderindo à conduta do outro, fazendo uso de uma arma de fogo, subtraíram para proveito comum coisas móveis alheias consistentes em aproximadamente R\$2.600,00 em espécie; um aparelho de telefone celular da marca “Samsung”, modelo J5 Prime; um aparelho de telefone celular da marca “Iphone”, e uma correntinha de ouro, bens avaliados em R\$4.837,12, conforme auto de avaliação de fls.138/139, mediante grave ameaça e violência exercida contra Ricardo Moço Castiglio, Drieli Aparecida Vincentim, Paulo Cezar Zanardi e Erick Aparecido Fernandes (fls. 162/164).

Conforme narrado pela denúncia, no dia dos fatos, os denunciados resolveram roubar o estabelecimento comercial “Pneucar Itápolis Ltda.”. Para tanto, João munuiu-se de uma arma de fogo e Lucas se incumbiu de conduzir o comparsa ao local do crime e de permanecer no veículo para vigiar e aguardá-lo para fuga. Na ocasião, João ingressou no referido estabelecimento, abordou, um a um, todos que ali estavam e, de arma em punho, anunciou o assalto. Subtraídos os bens acima descritos, João deixou o local e ingressou no carro de Lucas, após o que ambos fugiram pela Rodovia SP-317, onde foram abordados e detidos por policiais militares que já haviam recebido informações sobre o roubo e características do veículo utilizado na prática do delito.

A persecução pena foi instaurada mediante auto de prisão em flagrante (fls. 01/02). As prisões em flagrante foram convertidas em preventiva (fls. 109/110). Posteriormente, o réu LUCAS ORTELANI obteve liberdade provisória em sede de *Habeas Corpus* impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça (fls. 277/285). Finda a instrução, os acusados foram condenados por roubo qualificado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo, nos termos da denúncia, sendo negado o recurso em liberdade ao réu confesso JOÃO VITOR.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. Da questão preliminar aventada pela defesa do réu Lucas Ortelani

Em sede preliminar, pugna a defesa do réu Lucas pelo reconhecimento da nulidade da audiência de instrução, debates e julgamento, alegando violação do procedimento desenhado pelo art. 212, do Código de Processo Penal para a produção da prova oral.

Sustenta que o MM. Juiz de direito que presidiu a audiência não teria respeitado o procedimento estabelecido pelo art. 212 do Código de Processo Penal, na medida em que teria protagonizado a inquirição das testemunhas, violando, assim, o sistema processual acusatório que atribui às partes a tarefa de formular perguntas aos depoentes. Conclui que o desrespeito aos ditames do art. 212 do Código de Processo Penal acarretou ofensa ao devido processo legal, desrespeito ao contraditório e cerceamento de defesa. Pugna, assim, pela nulidade da audiência de instrução, debates e julgamento.

3.1. Da produção da prova oral e do procedimento fixado pelo art. 212 do Código de Processo Penal

3.1.1. Do sistema presidencialista de controle judicial ao modelo do protagonismo das partes

Como é sabido, o procedimento de produção da prova oral foi sensivelmente alterado por força da Lei 11.690/2008 que, ao superar o denominado "sistema presidencialista" de inquirição, estruturado na centralidade da atuação judicial, outorgou às partes processuais protagonismo na exploração da prova testemunhal.

Pelo regime antigo, a inquirição era desenvolvida pelo juiz sendo complementada pelas partes que, ademais, formulavam as perguntas por intermédio da autoridade judicial. Pelo novo modelo, cabe às partes a primazia na exploração da prova oral. Não só inauguram a inquirição, como também o fazem de forma direta e, portanto, sem a intermediação do juiz. A este compete o papel fiscalizatório. Cabe-lhe indeferir as perguntas indutoras de respostas, assim como aquelas outras que se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mostrarem impertinentes ou mesmo repetidas. Mas não é só. Ao juiz é permitida a complementação da inquirição para o esclarecimento de pontos duvidosos que emergiram no contexto da inquirição. Não se retirou do juiz, portanto, o exercício de poderes instrutórios. Nem seria cabível. Afinal, é ele o destinatário da prova. De qualquer modo, o novo modelo modulou as iniciativas, conferindo-lhes uma natureza complementar.

Ao enfrentar as situações de afronta ao novo modelo de produção da prova oral, a jurisprudência tem se valido de constantes referências à violação do princípio acusatório, assinalando, por consequência, o comprometimento da imparcialidade. **Aliás, no mais recente julgamento sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal reiterou a linha vinculatória entre a estrutura acusatória do processo penal, o atributo da imparcialidade judicial e a vedação da iniciativa na produção da prova oral.** No caso específico ali julgado, muito embora afirmada a violação do procedimento probatório, não se reconheceu a nulidade de caráter absoluto. Ao contrário, proclamou-se a indispensabilidade de demonstração do prejuízo. É o que se infere da respectiva ementa:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO QUE FIGURA COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE VERIFICADA NO CASO CONCRETO. ATUAÇÃO DO JUIZ E ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA APTA A AFASTAR A INCIDÊNCIA DE NORMA COGENTE E DE APLICABILIDADE IMEDIATA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ATUAÇÃO ATIVA E DE PROTAGONISMO DESEMPENHADA PELO JUÍZO A QUO NA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. COMPROMETIMENTO AO ACTUM TRIUM PERSONARUM. UTILIZAÇÃO DE DEPOIMENTOS COLHIDOS EM DESCOMPASSO COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA PARA FUNDAMENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PREJUÍZO DEMONSTRADO. RÉU CUSTODIADO EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA ORA REPUTADA NULA. RESTITUIÇÃO AO STATUS LIBERTATIS QUE SE IMPÕE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RECONHECER A NULIDADE DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA A PARTIR DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E DETERMINAR A IMEDIATA SOLTURA DO PACIENTE.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1. A Constituição Federal de 1988, ao atribuir a privatividade da promoção da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I); ao assegurar aos ligantes o direito ao contraditório e à ampla defesa e assentar o advogado como função essencial à Justiça (art. 5º, LV e 133); bem como, ao prever a resolução da lide penal, após o devido processo legal, por um terceiro imparcial, o Juiz natural (art. 5º, LIII e LXI; 93 e seguintes), consagra o sistema acusatório.
2. A separação entre as atividades de acusar e julgar não autoriza que o juiz, em substituição ao órgão de acusação, assumira papel ativo na produção probatória, sob pena de quebra da necessária imparcialidade do Poder Judiciário.
3. O processo penal é instrumento de legitimação do direito de punir do Estado e, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário o respeito à legalidade estrita e às garantias fundamentais.
4. No que tange à oitiva das testemunhas em audiência de instrução e julgamento, deve o magistrado, em atenção ao art. 212 do CPP, logo após a qualificação do depoente, passar a palavra às partes, a fim de que produzam a prova, somente cabendo-lhe intervir em duas hipóteses: se evidenciada ilegalidade ou irregularidade na condução do depoimento ou, ao final, para complementar a oitiva, se ainda existir dúvida - nessa última hipótese sempre atuando de forma supletiva e subsidiária (como se extrai da expressão “poderá complementar”).
5. A redação do art. 212 é clara e não encerra uma opção ou recomendação. Trata-se de norma cogente, de aplicabilidade imediata, e, portanto, o seu descumprimento pelo magistrado acarreta nulidade à ação penal correlata quando demonstrado prejuízo ao acusado.
6. A demonstração de efetivo prejuízo no campo das nulidades processuais penais é sempre prospectiva e nunca presumida. É dizer, não cabe ao magistrado já antecipar e prever que a inobservância a norma processual cogente gerará ou não prejuízo à parte, pois desconhece quo ante a estratégia defensiva.
7. Demonstrado, no caso dos autos, iniciativa e protagonismo exercido pelo Juízo singular na inquirição das testemunhas de acusação e verificado que foram esses elementos considerados na fundamentação do decreto condenatório, forçoso reconhecer a existência de prejuízo ao acusado.
8. O Juízo a quo ao iniciar e questionar detalhadamente a testemunha de acusação, além de subverter a norma processual do art. 212 do CPP, violando a diretiva legal, exerceu papel que não lhe cabia na dinâmica instrutória da ação penal, comprometendo o actum trium personarum, já que a “separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional” é consectário lógico e inafastável do sistema penal acusatório (ADIMC 5.104, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21.5.2014).
9. Habeas corpus concedido de ofício a fim de reconhecer a nulidade da ação penal originária a partir da audiência de instrução e julgamento e, como consequência, restituir a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

liberdade ao acusado, a fim de que responda solto à instrução da ação penal que deverá ser renovada.

(STF, HC 202557, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 03/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 10-08-2021 PUBLIC 12-08-2021)

Ao menos com relação à afirmação da indispensabilidade de demonstração do prejuízo, o mais recente julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão parece não se distanciar de outros julgados que entenderam que a violação do procedimento desenhado pelo art. 212 do Código de Processo Penal não implica cerceamento de defesa ou violação ao contraditório, sobretudo quando às partes é concedida ampla oportunidade para a exploração da prova oral mediante os procedimentos de inquirição direta. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. RECORRIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 212, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS.

(...)

4. O acórdão impugnado encontra amparo na jurisprudência de ambas as Turmas deste SUPREMO TRIBUNAL, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212, do Código de Processo Penal, pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita (RHC 122.467/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 4/8/2014). No mesmo sentido: HC 172.697 AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 28/10/2019; HC 114.789/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 30/09/2014; HC 114.512/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 08/11/2013; RHC 117.665/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 03/10/2013; HC 114.787/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 14/08/2013 e RHC 111.414/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 27/08/2012.

5. A defesa do paciente trouxe argumentação genérica, sem demonstrar qualquer prejuízo concretamente sofrido, capaz de nulificar o julgado. Nesse contexto, incide a regra segundo a qual não haverá declaração de nulidade quando não demonstrado o efetivo prejuízo causado à parte (pas de nullité sans grief). Precedentes desta CORTE: HC 130.433/SP, Rel. Min. MARCO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 19/04/2018; HC 132.149 AgR/AM, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/06/2017; RHC 129.663 AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 16/05/2017; RE 971.305 AgR/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 13/03/2017; RHC 128.827/MT, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/03/2017; HC 120.121 AgR/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 09/12/2016; HC 130.549 AgR/PA, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe de 17/11/2016; RHC 134.182/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 08/08/2016; HC 132.814/PR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 01/08/2016 e AP 481 EI-ED/PA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 12/8/2014.

6. Habeas corpus não conhecido.

(STF, HC 175048, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 28/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-08-2020 PUBLIC 18-08-2020)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INQUIRIÇÃO JUDICIAL. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVERSÃO DE ORDEM. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que a inquirição das testemunhas pelo Juiz, antes que seja oportunizada às partes a formulação das perguntas, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa, que exige a demonstração do efetivo prejuízo, conforme o disposto no art. 563 do mesmo Estatuto, para que seja alcançada a anulação do ato.

2. No caso, a Defesa não demonstrou o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas/informantes, de modo que não há nulidade a ser declarada. Compete à Defesa indicar de forma clara o gravame advindo diretamente do ato que se pretenda declarar nulo, não sendo suficiente a alegação genérica do prejuízo advindo da condenação criminal.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no RHC 148.274/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 25/06/2021)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS. INVERSÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou orientação de que "a inquirição das testemunhas pelo juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Não havendo demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo estatuto processual, não se procede à anulação do ato" (AgRg no HC n. 578.934/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2020, DJe 8/6/2020).

2. No caso, ausente a demonstração de prejuízo sofrido pelo paciente, revela-se inviável o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no HC 546.061/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 28/08/2020)

PENAL E PROCESSO PENAL. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM PREVISTA NO ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. (...) 2. Conforme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo Codex, não é possível reconhecer a nulidade do ato. No presente caso, a defesa não logrou demonstrar prejuízo, não havendo, pois, falar em nulidade do ato impugnado.

(...) 7. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 1341174/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019)

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. DESOBEDIÊNCIA. PORTE ILEGAL E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. NÃO OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NA ATUAL REDAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA (...) 1. Conforme entendimento desta Corte, a não observância da ordem de perguntas na colheita de prova testemunhal, conforme o disposto no art. 212 do Código de Processo Penal, não enseja, por si só, nulidade, se não demonstrada a ocorrência de prejuízo. Precedentes. 2. Na espécie, a defesa não logrou demonstrar prejuízo, não havendo, pois, falar em nulidade do ato impugnado. (...)

(STJ, HC 497.782/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 03/10/2019)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RESISTÊNCIA. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. REGULARIDADE. USO DE ALGEMAS JUSTIFICADO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. (...) 3. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado *cross-examination*, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização. 5. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes. 6. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP: "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa." (...) 9. Ordem denegada.

(STJ, HC 151.357/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010)

Imbuído de todas as vênias possíveis, reputo que o mais recente entendimento exposto sobre a inobservância do procedimento do art. 212 do Código de Processo Penal contém imprecisões que dificultam o equacionamento das situações que emergem do desrespeito ao modelo processual de produção da prova testemunhal. De fato, projetado o problema para o campo do resguardo da imparcialidade, não vislumbro como o descumprimento do procedimento possa resultar em nulidade cuja afirmação fique ainda dependente da demonstração do prejuízo. Afinal, a imparcialidade é o atributo essencial da atividade jurisdicional. Sequer é possível vislumbrar Justiça ditada por autoridade parcial. São aspectos impossíveis. Não se pode exigir a demonstração de prejuízo no que se atribui o desvalor da parcialidade. O prejuízo é inerente. Não só pela perspectiva das partes que integram a relação processual, mas também em face de todos os eventuais destinatários da Justiça. Tais constatações revelam o quão problemático é o alinhamento entre violações de dispositivos processuais e o comprometimento da imparcialidade. Não que tais comprometimentos não ocorram e não possam ocorrer.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Há, contudo, que se ter cautela no emprego de afirmações tão peremptórias.

A questão, no meu modo de sentir, supõe uma apreciação mais cautelosa sobre o sentido e o alcance na norma desenhada pelo art. 212 do Código de Processo Penal e o que se buscou com ela proteger. Creio que qualquer análise passa, necessariamente, pela compreensão de conceitos que gravitam em torno dos modelos de gestão do processo penal. Ou seja, cuida-se de questão que envolve um exame dos diferentes modos de manifestação da dinâmica do processo penal e, principalmente, dos papéis que são reservados aos sujeitos da relação processual.

3.1.2 Leituras do art. 212 do Código de Processo Penal sob as lentes do sistema acusatório

Discussões sobre sistemas processuais invariavelmente desembocam na clássica e tradicional divisão entre os modelos inquisitório e acusatório aos quais se agrega uma terceira via que se convencionou denominar de modelo misto. Sem embargo da importância histórica que se outorga à sistematização¹, é fato que ela se encontra hoje bastante desgastada. De um lado porque as profundas alterações a que se submeteram os ordenamentos processuais expuseram as dificuldades de delimitação dos contornos dos modelos inquisitório e acusatório e, por consequência, a validade daqueles critérios como chaves de leitura das formas processuais atuais. Aliás, foram justamente os movimentos de reforma, sobretudo do padrão inquisitório, que alimentaram a criação da terceira via. De outro lado, as crescentes interações entre os sistemas jurídicos têm provocado intercâmbio de culturas jurídicas, as quais se somam ao movimento de consagração do direito internacional dos direitos humanos como norte principiológico e exegético dos ordenamentos nacionais. Há, dessa forma, uma força de pressão externa para adequação dos

¹ Segundo Langer, as expressões acusatório e inquisitório passaram a ser comuns entre os doutrinadores no fim do Século XVIII e ao longo da primeira metade do Século XIX em referência aos modelos processuais adotados no mundo anglo-americano e europeu continental, respectivamente. Ver: LANGER, Máximo. Strength, weakness, or both? On the endurance of the adversarial-inquisitorial systems in comparative criminal procedure. In: ROSS, Jacqueline E.; THAMAN, Stephen C. (eds.) *Comparative criminal procedure*. Cheltenham/Northampton: Edawrd Elgar, 2016, p. 520.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

padrões processuais às formas processuais equilibradas de distribuição dos papéis reservados aos atores processuais.

De qualquer modo, o referencial inquisitório/acusatório não pode ser totalmente descartado, sobretudo quando considerados os movimentos, relativamente recentes, de reforma dos ordenamentos processuais latino-americanos.² São movimentos dirigidos pela superação dos resquícios inquisitórios e pela consagração do referencial acusatório.³

Nessa perspectiva, o núcleo rígido da sistematização repousa na concentração dos poderes de acusar e de julgar nas mãos do julgador (processo inquisitório) e na divisão daqueles mesmos poderes entre diferentes sujeitos (processo acusatório).⁴ Assim, enquanto no processo inquisitório a relação processual é marcada pela bilateralidade, no processo acusatório, a relação assume a geometria triangular. É evidente que o juiz que promove a acusação compromete a sua imparcialidade. Difícil não reconhecer o comprometimento da indispensável equidistância de quem irá julgar a acusação por ele próprio sustentada. Sem dúvida, a separação dos poderes de acusar e de julgar é condição essencial para o resguardo do maior atributo da Justiça: a imparcialidade.

A transposição histórica dos processos de matriz inquisitória para o modelo acusatório não esgotou a sua energia transformadora. Em realidade, o movimento ainda mantém a sua energia irradiadora, projetando efeitos em tempos contemporâneos. É que a separação dos poderes de acusar e de julgar entre diferentes sujeitos processuais carrega uma mensagem que é atemporal: o resguardo da imparcialidade do julgador. Assim, mais do que impedir o exercício da acusação pelo juiz – o que assume contornos de conquista –, importa saber quais são as decorrências da redistribuição de papéis entre os sujeitos do processo.

A questão e a busca por sua resposta vêm ocupando, com maior ou

² Nesse sentido: BINDER, Alberto. *La reforma procesal en América Latina. Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1993, p. 204.

³ Ver: ZILLI, Marcos. Rumo à estação acusatória do processo penal. *Leituras a partir da Lei 13.964/19. Cadernos jurídicos*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, ano 22, n. 57, jan./mar., 2021, p. 221-239.

⁴ ARMENTA-DEU, Teresa. Los dos principales sistemas, sus pares y derivaciones acusatorio/adversativo e inquisitivo/mixto. In. ARMENTA-DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y America*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 22; GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, jul.-set.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

menor intensidade, a agenda reformadora dos ordenamentos processuais marcados pelo traço histórico inquisitório⁵. São adequações da legislação fundadas na premissa de que o alinhamento acusatório tem projeções que vão para além da separação dos poderes de acusar e de julgar. Nesse movimento, a clarificação do papel reservado ao acusador na persecução penal melhor delimita o espaço reservado ao julgador e vice-versa.

Alguns exemplos bem ilustram a atualidade do debate. É o caso da proibição de decretação de ofício de prisão de natureza cautelar (prisão temporária ou mesmo a prisão preventiva), da provocação, pelo juiz, do Procurador Geral para reexame da promoção de arquivamento do inquérito ou mesmo da indispensabilidade de prévio aditamento da denúncia na hipótese de *mutatio libelli*. Em todos os casos, a atuação do juiz antecipa movimentos processuais cujos interesses são titulados pelo órgão persecutório que promove a ação penal.

Deveras, é o órgão acusador que tem o interesse em fazer valer a tese acusatória por ele abraçada ou mesmo o seu entendimento quanto a ausência de condições mínimas para o processamento da ação penal. Por outro lado, não cabe à autoridade judiciária, em um processo de matriz acusatória, a tomada de iniciativas dirigidas ao acautelamento de eventual provimento condenatório. O interesse é da parte. É evidente que o órgão acusador detém um legítimo interesse em minimizar – ou mesmo afastar – os efeitos perversos que o tempo do processo possa trazer para a efetiva satisfação do poder punitivo. Assim, ao impor de ofício medida cautelar, o juiz toma para si o resguardo de interesse que é próprio da parte e, dessa forma, compromete a aura da imparcialidade que o acompanha.

A imparcialidade, é importante que se diga, assume duas perspectivas. A primeira supõe um distanciamento pessoal ou subjetivo frente às partes e/ou à demanda. Nesse campo e, na esteira da jurisprudência consolidada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana assinalou que a *imparcialidade subjetiva* exige que o juiz "*que interviene en una contienda particular se aproxima de los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva,*

⁵ Ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 8, n. 30, p. 41-50, abr./jun. 2000.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*de todo prejuízo pessoal*⁶. Por essa perspectiva o atributo se presume cedendo apenas diante de prova em sentido contrário, como nas situações de animosidade ou relações íntimas mantidas entre o julgador e uma das partes⁷.

Para além dessa perspectiva subjetiva, a imparcialidade também assume uma projeção objetiva. Envolve um conjunto de garantias que asseguram a confiança das partes e da comunidade na imparcialidade do julgador, afastando, dessa forma, qualquer dúvida quanto ao comprometimento daquele atributo.⁸ Toca, sobretudo, a atuação do juiz ao longo da marcha processual. Na jurisprudência da Corte Europeia, por exemplo, a questão envolveu a discussão sobre a atuação do juiz na fase preliminar de persecução e o seu impedimento de julgamento da ação principal.⁹

Tomadas tais premissas, não vislumbro, da simples antecipação do juiz na produção da prova oral uma violação de partida do sistema acusatório e, sobretudo, do comprometimento da imparcialidade. **Na verdade, o problema não se encerra na iniciativa, mas sim na sua forma. É, portanto, um problema de intensidade.** Ou seja, o problema reside na exploração, pelo juiz, de todos os elementos de prova que a fonte possa fornecer. **E isto é especialmente traumático, para o modelo acusatório, quando o juiz assim procede em torno de uma fonte de prova (testemunha) indicada pelo órgão acusador. Trata-se de uma prova reputada importante pelo acusador para a demonstração de sua tese. A exploração de seus registros de memória subtrai do acusador a atividade que lhe era reservada. Nesse cenário, o juiz assume um papel diverso daquele que lhe é reservado no roteiro acusatório.**

Aliás, não foram outras as razões que levaram o legislador a incorporar, pela Lei 13.964/2019, a regra dada pelo art. 3-A do CPP, cuja eficácia foi inadvertidamente suspensa como se o dispositivo estivesse vinculado, tão somente,

⁶ CorteIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004, para. 171 e Caso Duque vs. Colômbia, 2016, para. 162.

⁷ CorteIDH. Caso Aritz Barbera y otros vs. Venezuela, 2008, para.56 e Caso Duque vs. Colômbia, 2016, para. 163.

⁸ CorteIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004, para. 171 e Caso López Lone y otros vs. Honduras, para. 233.

⁹ Nesse sentido: CorteEDH. Caso Piersack vs. Bélgica, 1982; Caso De Cubber vs. Bélgica, 1984; Caso Hauschildt vs. Dinamarca, 1989.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ao juiz de garantias. Na verdade, a proibição da *"substituição da atuação probatória do órgão de acusação"* ali expressada é uma proclamação sobre o sentido e alcance do sistema acusatório incidente sobre a atividade instrutória. **Ou seja, ao inquirir de forma incessante a vítima ou a testemunha, buscando explorar todas as informações que ela possa trazer, especialmente no caso de testemunha arrolada pela acusação, o juiz subtrai do órgão acusador a tarefa que lhe cabe por força do ônus probatório.** O fato de o dispositivo encontrar-se com a sua eficácia suspensa não suspende a lógica que ele expressa, até mesmo porque a lógica da divisão de papéis provém da natureza do sistema acusatório e não de eventuais regramentos normativos.

No caso dos autos, a audiência de instrução foi realizada em data única. Após breve exposição dos fatos, seguida das considerações preliminares dos depoentes sobre a dinâmica dos acontecimentos, o MM. Juiz de Direito formulou uma série de perguntas a cada um deles, antes de passar a palavra ao D. Promotor de Justiça e aos il. Defensores. Com efeito, aos depoentes Erick Aparecido Fernandes (vítima), Maciel Jose Amancio (policial militar), Mauro Guerra (testemunha de defesa de Lucas), Paulo Cezar Zanardi (vítima) e Ricardo Moço Castiglio (vítima), **todas as perguntas foram formuladas pelo D. Magistrado**, que esgotou suas oitavas, não restando nada a ser indagado pelo Ministério Público ou pelos il. Defensores. Para a depoente Drieli (vítima), o il. Magistrado formulou sete perguntas, restando uma ao Ministério Público e nenhuma à defesa. À testemunha Felipe Costa (policial militar) o il. Magistrado não formulou perguntas. Ao réu João o juiz formulou três perguntas, restando uma ao Ministério Público e nenhuma para a defesa. Ao réu Lucas o Juiz formulou seis perguntas, após o que o Ministério Público formulou apenas uma questão, silente a defesa. Assim, **o Juiz praticamente esgotou a colheita das provas. A forma como o juiz inquiriu os depoentes, portanto, demonstrou ingerência no papel que é próprio das partes, sobretudo da acusação.**

Diante de tal cenário, houve, de fato, comprometimento das diretrizes que informam o processo penal de matriz acusatória. **Ao assim proceder, o i. Magistrado comprometeu o roteiro acusatório na medida em que assumiu o**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

papel que é inerente ao órgão acusador. Nessa quadratura, inegável a violação do padrão acusatório, bem como o comprometimento da imparcialidade objetiva. Não houve, assim, um mero *error in procedendo* do magistrado. O desrespeito à forma prevista no artigo 212, do Código de Processo Penal, foi além da simples violação ao procedimento. A intensidade em que se deu o protagonismo judicial na produção da prova oral, escancarou a usurpação do papel processual que era reservado às partes e em especial ao Ministério Público, agente incumbido do ônus processual de demonstrar a veracidade de sua tese.

3.1.3 Leituras do art. 212 do Código de Processo Penal sob as lentes do sistema adversarial (controle das partes)

Creio que a nova redação dada ao art. 212 do Código de Processo Penal, mais do que reforçar o alinhamento com os postulados que regem o processo acusatório, buscou incorporar aspectos que são próprios do denominado *processo adversarial*. Cuida-se de diferente sistematização do processo penal a qual não se confunde com o processo acusatório. De fato, enquanto neste o foco de preocupação é o afastamento do juiz do exercício de funções e atividades próprias da acusação, no processo adversarial são as partes que detém o controle da marcha processual e, sobretudo, da atividade instrutória. Ou seja, no sistema adversarial, as partes delimitam o *thema probandum* e os meios de prova.¹⁰ Investigam e instruem o processo perante um julgador que assiste o embate. A energia é a do permanente confronto. Cada parte busca explorar os meios de prova de forma a reforçar a sua própria visão sobre os fatos e, com isto, convencer o julgador.¹¹ Esta, note-se, já era a dinâmica prevista para a segunda fase do procedimento do júri e que agora foi estendida para o procedimento comum.

Não se tem, obviamente, um sistema adversarial puro, até mesmo porque ao juiz é permitido **complementar a inquirição para o esclarecimento de**

¹⁰ Nesse sentido: DAMASKA, Mirjan. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 74.

¹¹ Ainda sobre o sistema adversarial: LANDSMAN, Stephan. A brief survey of the development of the adversary system. *Ohio State Law Journal*, 1983, v. 44, n. 1, p. 713-739; LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold. *Criminal procedure*. 2. ed., St. Paul: West, 1992, p. 35; DAMASKA, Mirjan. *Evidence law adrift*. New Haven/London: Yale University Press, 1997 e LANGBEIN, John. *The origins of the adversarial criminal trial*. Oxford: OUP, 2003.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pontos duvidosos. De qualquer modo, tratando-se de esclarecimentos, pressupõe-se o limite de conteúdo na atividade probatória do juiz. Ou seja, os esclarecimentos ligam-se aos pontos explorados pelas partes na inquirição.

Tomando-se as lentes do processo adversarial, resta compreensível a profunda mudança de paradigmas concretizada com o novo procedimento de produção da prova testemunhal desenhado pelo art. 212 do Código de Processo Penal. **No modelo anterior, denominado de presidencialista, o controle oficial do processo sustentava a centralidade da atuação judicial. Pelo modelo atual, o protagonismo na exploração das provas é reservado às partes.** Cabe a estas a indicação dos pontos de interesse que serão explorados quando da inquirição de suas respectivas testemunhas.

Caso se reconheça que a mudança normativa buscou, de fato, incorporar alguns dos padrões do processo *adversarial*, então a simples antecipação do juiz representaria uma afronta a *mens legis* do art. 212 do Código de Processo Penal, em sua nova redação. Contudo, não vejo na atipicidade entre o procedimento realizado e o previsto uma fonte de nulidade absoluta. **Aqui, entendo que a questão exigiria a demonstração do prejuízo. Ou seja, dever-se-ia apurar em que medida a inversão comprometeu os interesses da parte na revelação dos elementos de prova.**

No caso posto a julgamento, **verifico a configuração de prejuízo. Como exposto, a antecipação do juiz representou, de fato, uma inquirição antecipada. Não se tratou, apenas, de um estímulo à evocação voluntária dos traços da memória dos depoentes. O juiz assumiu um papel bastante ativo durante a audiência, ao formular praticamente todas as perguntas, a cada um dos depoentes.** Nesse ponto, o juiz se adiantou às partes, não lhes concedendo oportunidade para conduzirem a inquirição de acordo com as suas próprias estratégias processuais. O prejuízo é, destarte, evidente. Em caso análogo ao dos autos, em voto vista proferido no HC nº 187.035/SP, a Min. Rosa Weber assim concluiu:

Vê-se, pois, que a magistrada de primeiro grau deliberadamente deixou de seguir o rito previsto no art. 212 do Código de Processo Penal. Parece crer que, por não configurar nulidade absoluta, seria



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

possível o descumprimento da ordem de inquirição determinada pela legislação processual penal, em absoluto descompasso com os limites interpretativos impostos. O art. 212 não encerra mera recomendação, é norma cogente e deve ser seguida. O fato de a sua eventual inobservância acarretar nulidade relativa não descaracteriza sua força normativa. Na realidade, a nulidade relativa também pode implicar a declaração de nulidade do ato viciado e, portanto, retirar-lhe seus efeitos regulares, desde que comprovado o prejuízo causado às partes. A análise dos autos evidencia que a magistrada de primeiro grau, na condução da audiência de inquirição de testemunhas, atuou de forma absolutamente desconectada do ordenamento jurídico-positivo, agiu como protagonista e em substituição à produção probatória inerente às partes, violando o devido processo legal e o sistema acusatório, em nítido prejuízo ao ora paciente. Na realidade, a nulidade relativa também pode implicar a declaração de nulidade do ato viciado e, portanto, retirar-lhe seus efeitos regulares, desde que comprovado o prejuízo causado às partes. A análise dos autos evidencia que a magistrada de primeiro grau, na condução da audiência de inquirição de testemunhas, atuou de forma absolutamente desconectada do ordenamento jurídico-positivo, agiu como protagonista e em substituição à produção probatória inerente às partes, violando o devido processo legal e o sistema acusatório, em nítido prejuízo ao ora paciente. Destaco, a título meramente exemplificativo, que a magistrada de primeiro grau, ao questionar a testemunha Rodrigo Ayres da Silva, delegado de Polícia condutor das investigações subjacentes, além de iniciar a inquirição, fez perguntas capazes de induzir as respostas (e-doc. 8), sugestionando, por exemplo, o nome do ora paciente e a forma de atuação dos investigados. Evidente, dessa forma, o gerado prejuízo ao paciente. Destaco, a título meramente exemplificativo, que a magistrada de primeiro grau, ao questionar a testemunha Rodrigo Ayres da Silva, delegado de Polícia condutor das investigações subjacentes, além de iniciar a inquirição, fez perguntas capazes de induzir as respostas (e-doc. 8), sugestionando, por exemplo, o nome do ora paciente e a forma de atuação dos investigados. Evidente, dessa forma, o gerado prejuízo ao paciente.

(STF, HC 187035 / SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, J: 06/04/2021, DJe: 14/06/2021)

4. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso para acolher a preliminar defensiva de nulidade da audiência de instrução por ofensa ao art. 212 do CPP, determinando-se de devolução dos autos à origem para a realização de nova audiência de instrução, debates e julgamento.**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator