

03/08/2021

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 202.557 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : TIAGO PEREIRA DE DEUS COSTA
IMPTE.(S) : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 535.249 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 .

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);

HC 202557 / SP

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.

HC 202557 / SP

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual de 25 de junho a 2 de agosto de 2021**, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, com base no art. 192 do RISTF, em não conhecer do *habeas corpus*, mas conceder a ordem, de ofício, a fim de: (i) reconhecer a nulidade da ação penal originária a partir da audiência de instrução e julgamento, com reflexo em todos os atos processuais subsequentes; (ii) determinar, como consequência, a imediata soltura de TIAGO PEREIRA DE DEUS COSTA, salvo se preso por outro motivo, sem prejuízo da imposição, pelo Magistrado de primeiro grau, se assim entender pertinente, das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, ou de decretar nova custódia cautelar, se ocorrer modificação substancial do panorama fático processual ora apresentado. Determinou, ainda, a comunicação, com urgência e pelo meio mais expedito (inclusive com utilização de fax, se necessário), ao Juiz da causa, a quem incumbirá

HC 202557 / SP

o implemento desta decisão e, outrossim, o TJSP e o STJ, para ciência, tudo nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de agosto de 2021.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente

03/08/2021

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 202.557 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
PACTE.(S) : **TIAGO PEREIRA DE DEUS COSTA**
IMPTE.(S) : **VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES E**
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DO HC Nº 535.249 DO SUPERIOR**
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do HC 535.249/SP (eDOC.02).

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de nulidade no trâmite da ação penal, por violação ao art. 212 do CPP, com a consequente invalidação de todos os atos processuais subsequentes, pois, durante a instrução probatória, o *“magistrado realizou uma série de perguntas às testemunhas de acusação, ao passo que a acusação apresentou postura subsidiária, fazendo poucas perguntas, ou nada perguntando”*.

Articula que *“a atual sistemática processual brasileira consagra o modelo processual acusatório”*, a qual *“assegura às partes o protagonismo na produção de provas, a fim de assegurar a necessária imparcialidade do magistrado”*.

Nada obstante, tal postulado não teria sido observado a contento no trâmite processual originário, pois denota-se *“pelas leituras das transcrições das oitivas, que o I. Magistrado não apenas conduziu a audiência, mas protagonizou as oitivas testemunhas, sobretudo das testemunhas de acusação. Quanto às duas primeiras testemunhas ouvidas, RAFAEL RIBEIRO ALVES e SILAS PEREIRA DA SILVA, ambas de acusação, nota-se que a acusação não dirigiu qualquer pergunta, ou seja, o magistrado exauriu por completo os questionamentos acusatórios.”*

Conclui aduzindo que a postura adotada pelo magistrado sentenciante violou o princípio da imparcialidade e do devido processo

HC 202557 / SP

legal, pois “o douto magistrado demonstrou maior interesse nos relatos das testemunhas de acusação, apresentando uma série de perguntas a estas, ao passo que nenhuma pergunta sobre os fatos ou sobre o paciente foi dirigida às testemunhas de defesa, mesmo àquelas que presenciaram parcela dos fatos ou que demonstram a veracidade da versão defensiva, o que demonstra que, de fato, os poderes instrutórios do juiz foram utilizados *in casu* não apenas para esclarecer obscuridades, mas sim para substituir as partes no protagonismo da produção das provas, em flagrante violação ao modelo processual acusatório.”

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, e caso conhecido, pela denegação da ordem (eDOC.10).

É o relatório.

03/08/2021

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 202.557 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR):

1. Cabimento do *habeas corpus*:

A Corte compreende que o *habeas corpus* não se presta, ordinariamente, a rescindir provimento condenatório acobertado pelo manto da coisa julgada, daí a impossibilidade de figurar como sucedâneo de revisão criminal. Sobre o tema:

“O Supremo Tribunal Federal não admite a utilização do *habeas corpus* em substituição à ação de revisão criminal.” (HC 128693 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, *grifei*)

“O *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal.” (HC 123430, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014, *grifei*)

“(...) *habeas corpus* não pode ser utilizado, em regra, como sucedâneo de revisão criminal, a menos que haja manifesta ilegalidade ou abuso no ato praticado pelo tribunal superior.” (HC 86367, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 30/09/2008, *grifei*)

No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus* não merece conhecimento, na medida em que está a funcionar como sucedâneo de revisão criminal.

2. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto:

HC 202557 / SP

No julgamento do HC 186.421, da relatoria do ministro Celso de Mello, em que figurei como redator do acórdão em virtude da aposentadoria do saudoso Decano desta Corte, esta Segunda Turma assentou a impossibilidade de conversão *ex officio* da prisão em flagrante em preventiva.

Por ocasião deste julgamento, registrei ser imprescindível a adequada leitura da legislação processual penal sob o filtro do princípio acusatório, adotado pela Constituição Federal 1988 por força da conjugação dos arts. 5º, incisos LIII, LXI, LV; 93; 129, 133 e 144, dispositivos nos quais o legislador constituinte diferencia as funções de investigação/acusação, defesa e julgamento.

Confira-se trecho do voto em que consignei:

“A Constituição Federal de 1988 atribui com privatividade a promoção da ação penal pública ao Ministério Público, ressalvada a ação penal privada em hipóteses excepcionais (art. 129, I). A ação penal, para demonstrar a justa causa, deve vir instruída com peças de informações ou com inquérito policial, procedimento administrativo a cargo das Polícias Federal e Civis, a quem a Constituição atribui as funções de apuração das infrações penais e da autoria (art. 144, § 1º, I e § 4º), sob o controle externo do Ministério Público (art. 129, VII). Por outro lado, a Carta de 1988 assegura aos ligantes o direito ao contraditório e à ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes, e coloca o advogado como função essencial à Justiça (art. 5º, LV e 133). Por fim, a Constituição consagra que a resolução da lide penal será feita, após o devido processo legal, de maneira privativa pela autoridade judicial competente, a saber, o Juiz Natural (art. 5º, LIII e LXI; 93 e seguintes).

Esse desenho institucional tripartido entre atores distintos a desempenhar funções díspares – investigação/acusação, defesa e julgamento – evidencia que a Constituição Federal de 1988 adota o sistema acusatório a orientar a persecução penal brasileira. Tem-se, assim, um sistema baseado na atuação de três personagens – actum

HC 202557 / SP

trium personarum –, a saber, as partes (autor e réu) e um terceiro imparcial (juiz). “ (sem grifos no original)

Naquela ocasião, pontuei também que, em razão da rígida separação entre as atividades de acusar e julgar, **não cabia ao juiz, em substituição ao órgão de acusação, assumir um papel ativo na produção probatória ou no desempenho de atividades típicas da função acusatória**, sob pena de quebra da necessária imparcialidade do Poder Judiciário.

Forte nessa compreensão, ainda, asseverei que a persecução penal não é apenas instrumento para o legítimo exercício do poder de punir do Estado, mas é também instrumento limitador do direito de punir estatal que deverá ocorrer, sem arbítrios, **estritamente com base na lei e, sobretudo, na Constituição Federal**. Noutros termos, 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.

Com efeito, é inegável a correlação do princípio acusatório com a efetiva consolidação à ampla defesa e ao devido processo legal, porquanto, como elucida a professora Ada Pellegrini, a Constituição

“dá conteúdo a esses direitos, pois não se limita a permitir o acesso aos tribunais, mas assegura também, ao longo de todo o iter procedimental, aquele conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, tutelam as partes quanto ao exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição: trata-se se das garantias do 'devido processo legal.'” (GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 84).

Feito esse prefácio, a fim de situar o plano principiológico que figura como o pano de fundo da presente impetração, esclareço que a questão que ora se coloca no presente *habeas corpus* toca novamente o basilar princípio acusatório, dessa vez, mais propriamente, relacionando-o com a atuação e iniciativa do magistrado no campo da produção de provas no

HC 202557 / SP

processo penal.

A matéria controvertida também tangencia o princípio do devido processo legal, na medida em que a forma prevista em lei (especificamente no art. 212 do CPP), não teria sido observada pelo Juízo singular, apesar de expressos pedidos da defesa técnica do Paciente, devidamente registrados na ata da audiência de instrução e julgamento.

Sigo, nesse passo, a examinar a tese pela defesa articulada.

2.1. No caso específico dos autos, a acusação arrolou 3 (três) e, a defesa, 4 (quatro) testemunhas, todas ouvidas em ato processual conduzido pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Tupã/SP.

Já no início da audiência de instrução e julgamento o advogado do acusado apontou a desconformidade do procedimento adotado pelo Juiz com o disposto no art. 212 do CPP, insurgindo-se expressamente contra o modo de agir do magistrado que formulava perguntas às testemunhas de acusação antes mesmo de dar a palavra ao membro Ministério Público. Nada obstante, a irresignação foi repelida pelo Juízo singular nos seguintes termos:

"O artigo 212 possui apenas uma forma de **recomendação** na condução na forma da oitiva das testemunhas por parte do Magistrado. Portanto, indefiro o pedido por não vislumbrar qualquer prejuízo à defesa dos acusados." (eDOC.03, p. 01). (destaquei).

Afastada a preliminar, deu o juiz seguimento à oitiva das testemunhas, de acusação e defesa, destacando-se que na oitiva de 2 (duas) das 3 (três) testemunhas de acusação o Juízo não só iniciou a produção probatória, como questionou os depoentes de forma exaustiva. A inquirição pelo magistrado foi tão detalhada que, terminada sua intervenção, e passada a palavra à acusação, declinou o Ministério Público de outras perguntas.

Confira-se trecho do termo de depoimento de testemunha arrolada pela acusação (Rafael Ribeiro Alves):

HC 202557 / SP

“Já qualificada, compromissada sob palavra de honra e a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado.

Inquirida pelo(a) Meritíssimo(a) Juiz(a), na forma e sob as penas da lei, respondeu o que a seguir passo a transcrever:

J.: Boa tarde.

D.: Boa tarde.

(...)

D.: Não senhor.

J.: Está compromissado a dizer a verdade. Ele é acusado de tráfico de drogas. Dia primeiro de agosto de 2018 ele foi preso na Rua Francisco Gomes Pato, número 371, tinha consigo 04 porções maconha. O que o senhor sabe do episódio?

D.: Eu estava trabalhando na barbearia, ele ligou para mim para mim fazer um favor para ele descer na casa dele, "hora que chegar lá me liga". Eu desci na casa dele, ele falou "entra dentro da minha casa vê se acha um potinho da tampa vermelha". Eu entrei, no que entrei me deparei com um monte de policial (...)Depois disso virou uma bola de neve. Fui agredido, eu tinha uma barbearia, fechei a barbearia, fui agredido duas vezes (...)

J.: Agredido por quem, ameaçado por quem? D.: Ameaçado pelo "Taquinha", Tiago (...).

J.: Esse "Taquinha" é o Tiago Pereira de Deus Costa? D.: É.

J.: O Delegado representou pela prisão dele porque o senhor estava sendo ameaçado por ele, o senhor estava temendo sofrer consequências porque tinha apontado que tinha ido lá buscar droga para ele. É isso que aconteceu, que o senhor está confirmando agora? D.: Isso.

J.: O senhor já conhecia ele?

D.: Não senhor.

J.: E porque o senhor aceitou fazer esse favor para ele?

D.: Conhecia assim só de vista das pessoas falar, entendeu. De vista só, mas não conhecia pessoalmente não.

J.: O senhor comprava droga dele?

D.: Cheguei comprar já, lá no posto de gasolina.

HC 202557 / SP

J.: Essa Rua Francisco Gomes Pato, onde o senhor foi buscar o potinho, essa casa quem morava lá, quem ocupava a casa?

D.: Olha, dizia que era a mãe dele, mas entrei lá estava abandonada, não tinha nada. J.: Da mãe do "Taquinha"? D.: Isso.

Dada a palavra ao(à) representante do Ministério Público nada foi perguntado."

Em contraste, outra foi a conduta do julgador na inquirição das testemunhas de defesa, a cuja iniciativa das perguntas o Juízo transferiu à defesa técnica de quem as arrolou. A título também ilustrativo confira-se trecho da inquirição da testemunha arrolada pela defesa (Thainara Vicente da Silva):

"Inquirida pelo(a) Meritíssimo(a) Juiz(a), na forma e sob as penas da lei, respondeu o que a seguir passo a transcrever:

J.: Boa tarde.

D.: Boa tarde.

J.: Qual o nome da senhora?

D.: Thainara.

J.: A senhora é testemunha de defesa do Tiago Pereira de Deus Costa. Ele é acusado tráfico de drogas. A senhora é parente dele?

D.: Ex-namorada.

J.: Atualmente tem relacionamento com ele?

D.: Agora não.

J.: Compromissada a dizer a verdade.

Dada a palavra ao(à) Dr(a). Defensor(a), às perguntas respondeu: Def.: Thainara, boa tarde. A senhora não visita o Tiago na penitenciária? D.: Não (...)."

Em que pesem as razões invocadas pelo magistrado singular, há nítido descompasso do procedimento adotado na ação penal originária com a legislação de regência, bem como desconformidade com a orientação desta Corte quanto à observância ao princípio acusatório e do

HC 202557 / SP

devido processo legal.

2.2. Primeiramente visualizo, no procedimento adotado pelo Juízo *a quo*, manifesto descumprimento à previsão normativa do art. 212 do CPP:

“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”. (sem destaques no original)

A redação do dispositivo é clara e não encerra uma opção ou recomendação ao magistrado. Trata-se de norma cogente, de aplicabilidade imediata, e, alterada pelo legislador ordinário, para conferir plena concretude ao princípio acusatório.

Com efeito, cumpre rememorar que, anteriormente às alterações promovidas pela Lei 11.690/2008 na sistemática processual penal, o Código de Processo Penal previa a inquirição de testemunhas de forma indireta, mediada pelo magistrado, que iniciava as perguntas. A nova redação do artigo, contudo, dispôs, de forma inovadora, o sistema de inquirição direta e cruzada, abandonando o anterior sistema presidencial e deixando a cargo das partes a primazia na produção da prova. A inovação foi reverenciada doutrinariamente, justamente por sua maior afinidade com o sistema acusatório:

“Esse novo regramento vem, ademais, ao encontro do sistema acusatório adotado no ordenamento pátrio (CF, art. 129, inciso I), deixando a cargo das partes a primazia da produção da prova, sem olvidar da iniciativa probatória do juiz, a ser exercida de maneira subsidiária, para complementar a prova e dirimir dúvida sobre pontos relevantes. Além de contribuir para uma apuração mais correta dos fatos delituosos e atestar a correção do debate dialético entre as partes, a adoção desse

HC 202557 / SP

método de exame direto e cruzado serve igualmente à legitimação das decisões. De mais a mais, não se pode esquecer que uma das grandes diretrizes da reforma processual penal de 2008 é o prestígio do sistema acusatório, por meio do qual se valoriza a imparcialidade do juiz, que deve ser o destinatário da prova, e não seu produtor, na feição inquisitiva. ” (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8.ed. Salvador: Jus poivm, 2020. p. 777.)

Assim, diversamente do que constou na decisão de 1º grau, o dispositivo não deixa dúvidas quanto a sua cogência e adequada forma de aplicação.

No que tange à oitiva das testemunhas deve o magistrado, 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*”).

No caso concreto não foi anotada nenhuma justificativa plausível para atuação ativa e de protagonismo exercida pelo magistrado e, portanto, já sob a óptica da ausência de observância à legislação processual prevista, evidenciado o constrangimento ilegal.

2.3 Noutro lance, importante ressaltar ainda que, no caso concreto, notadamente à luz das diretrizes que regem o princípio acusatório e o devido processo legal, o prejuízo ao acusado restou cabalmente demonstrado.

Conquanto a jurisprudência desta Suprema Corte oriente-se no sentido de exigir a demonstração de efetivo prejuízo no campo das nulidades processuais penais, sejam elas de cunho relativo ou absoluto, a aferição do gravame é sempre prospectiva e nunca presumida. É dizer, não cabe ao magistrado já antecipar e prever que a inobservância gerará ou não prejuízo à parte, pois não conhece *quo ante* a estratégia defensiva.

HC 202557 / SP

Portanto, não prospera a justificativa do Juízo de que não seguiria o rito do art. 212 porque, já no início da audiência, não “vislumbrava” “qualquer prejuízo à defesa dos acusado.”

Passando a análise do restante da fundamentação exarada pelo Juízo *a quo*, consigno, ademais, que não é tecnicamente apropriada a assertiva de que não houve prejuízo no caso concreto.

O simples cotejo dos termos de depoimentos acostados aos autos denota o comprometimento do magistrado com a produção probatória, circunstância hábil a eivar de nulidade os atos instrutórios realizados e toda cadeia processual subsequente.

Não bastasse, os depoimentos que ora reconheço como viciados integraram os fundamentos da sentença de 1º grau, constituindo base indispensável para o desfecho condenatório contra o acusado, o que novamente, sobreleva a convicção de que o procedimento desviado adotado em 1ª instância acarretou prejuízo ao acusado.

Com efeito, como se nota da transcrição do termo de depoimento de testemunha de acusação, o magistrado exerceu protagonismo na inquirição das testemunhas de acusação. Questionou-lhe sobre detalhes dos fatos denunciados; formulou perguntas indutivas; perquiriu sobre antecedentes e supostos envolvimento pretéritos do acusado com o tráfico; leu trechos do inquérito policial, sugerindo a testemunha que os confirmasse. Procedimento semelhante ocorreu também com outra testemunha arrolada pela acusação (Silas Pereira da Silva).

Noutra ponta, como já dito, diametralmente oposta foi sua atuação quando da oitiva das testemunhas de defesa, na qual adotou papel contido, limitando-se a qualificar os depoentes, após o que transferiu aos advogados inquirição direta.

Portanto, não houve mera inobservância à previsão legal; restou a nítida disparidade da conduta do Juízo quanto ao procedimento adotado para a oitiva das testemunhas de acusação e as testemunhas de defesa.

Não se tratou, a conduta do magistrado, de mero *error in procedendo* sem reflexo no campo das nulidades.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que, como bem sintetiza Aury

HC 202557 / SP

Lopes, “no processo penal, forma é garantia” (op. cit, p. 910), e no caso concreto, foi justamente a não observância à forma prevista em lei que propiciou a atuação desviada do magistrado, a comprometer a paridade de armas, na medida que uma das partes já iniciou a produção probatória com farta contribuição da inquirição promovida pelo juiz.

Ademais, entrelaçam-se como regra – e o caso concreto não foge a ela (a regra) – o comprometimento ao princípio do devido processo legal e ao princípio acusatório.

Com efeito, 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).

Entrementes, como bem adverte Jacinto Coutinho, a observância ao princípio acusatório reclama, invariavelmente, a plena e estrita observância ao devido processo legal. É por isso “incompatível com aquele no qual o juiz é o senhor do processo, o senhor das provas e, sobretudo – como sempre se passou no Sistema Inquisitório – pode decidir antes (naturalmente raciocinando, por primário e em geral bem intencionado) e depois sair à cata da prova que justifique a decisão antes tomada” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Organizadores: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 15).

Assim, no caso presente, seja por evidente prejuízo causado à parte no caso concreto, seja por deliberada afronta, por parte do Juízo *a quo*, ao princípio acusatório e do devido processo legal, inevitável a decretação da nulidade pelo impetrante postulada.

HC 202557 / SP

Também nesse sentido e por similares razões caminha o atual posicionamento da 1ª Turma desta Suprema Corte, que, em recentíssimo julgado reconheceu, no HC 187.035/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, a existência de nulidade processual e prejuízo ao acusado pela não observância à norma prevista no art. 212 do CPP.

A respeito, transcrevo trecho do voto proferido pela Min. Rosa Weber, que bem sintetiza o contexto fático (similar ao presente) e a fundamentação considerada pelo órgão fracionário ao reconhecer a nulidade pela defesa invocada:

“Pedindo todas as vênias às compreensões em contrário, Senhor Presidente, entendo que a alteração promovida pela Lei 11.690/2008 modificou substancialmente a sistemática procedimental da inquirição de testemunhas. As partes agora, em modelo mais consentâneo com o sistema acusatório, têm o protagonismo na audiência. Cabe-lhes a formulação de perguntas diretamente às testemunhas (direct examination, quando quem arrolou pergunta e cross examination, quando formulada pela outra parte).

(...)

No caso em análise, a Defesa do ora paciente pleiteou, antes mesmo de iniciadas as inquirições, a observância estrita do art. 212 do Código de Processo Penal, ou seja, que as perguntas fossem inicialmente formuladas pelas partes, somente após se abriria a possibilidade, de forma complementar, de a magistrada fazê-las. Tal pleito, no entanto restou indeferido ao entendimento de que: A nova redação do artigo 212 do CPP, não impede que o juiz inicie inquirindo as testemunhas. (...) Além do que, a suposta falta de observância da nova sistemática 212 do CPP não acarreta nulidade absoluta. Pelo que ressei da inteligência do artigo 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. A defesa não afirmou qual prejuízo sofreria o réu, pois evidentemente inexistente.

Vê-se, pois, que a magistrada de primeiro grau deliberadamente deixou de seguir o rito previsto no art. 212 do

HC 202557 / SP

Código de Processo Penal. Parece crer que, por não configurar nulidade absoluta, seria 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.

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." (Trecho do voto vista da Min. Rosa Weber proferido no HC 187.035/SP, Relator(a): Min. Marco Aurélio, j. 06.04.2021, acórdão pendente de publicação)

Dito isso, tenho que o procedimento adotado pelo Juízo singular e referendado pelo STJ violou a previsão normativa do art. 212 do CPP, o princípio acusatório e do devido processo legal, devendo-se reconhecer a nulidade da ação penal originária a partir da oitiva das testemunhas de acusação, reputando-se também nulos todos os atos processuais seguintes, inclusive a sentença condenatória proferida contra o acusado.

HC 202557 / SP

Como consequência, eivado de nulidade o título prisional que mantém atualmente o acusado custodiado (sentença condenatória que ora também se reconhece nula), é o caso de restituir-lhe a liberdade, a fim de que responda solto à nova instrução da ação penal que deverá ser renovada.

Esclareço que o alvará de soltura, ora concedido, não impede que o Juízo singular, em reconhecendo presentes os requisitos do art. 312 e 313 do CPP, decrete nova prisão preventiva ou imponha medida cautelar, desde que modificado o panorama fático ora delineado, e presente fundamentação idônea.

3. Ante o exposto, com base no art. 192 do RISTF, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício a fim de: (i) reconhecer a nulidade da ação penal originária a partir da audiência de instrução e julgamento, com reflexo em todos os atos processuais subsequentes; (ii) determinar, como consequência, a imediata soltura de TIAGO PEREIRA DE DEUS COSTA, salvo se preso por outro motivo, sem prejuízo da imposição, pelo Magistrado de primeiro grau, se assim entender pertinente, das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, ou de decretar nova custódia cautelar, se ocorrer modificação substancial do panorama fático processual ora apresentado.

Comunique-se, **com urgência e pelo meio mais expedito** (inclusive com utilização de *fax*, se necessário), ao Juiz da causa, a quem incumbirá o implemento desta decisão.

Comunique-se, outrossim, o TJSP e o STJ, para ciência.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 202.557

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

PACTE.(S) : TIAGO PEREIRA DE DEUS COSTA

IMPTE.(S) : VICTOR HUGO ANUVALE RODRIGUES (331639/SP) E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : RELATOR DO HC Nº 535.249 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por unanimidade, com base no art. 192 do RISTF, não conheceu do habeas corpus, mas concedeu a ordem, de ofício, a fim de: (i) reconhecer a nulidade da ação penal originária a partir da audiência de instrução e julgamento, com reflexo em todos os atos processuais subsequentes; (ii) determinar, como consequência, a imediata soltura de TIAGO PEREIRA DE DEUS COSTA, salvo se preso por outro motivo, sem prejuízo da imposição, pelo Magistrado de primeiro grau, se assim entender pertinente, das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, ou de decretar nova custódia cautelar, se ocorrer modificação substancial do panorama fático processual ora apresentado. Determinou, ainda, a comunicação, com urgência e pelo meio mais expedito (inclusive com utilização de fax, se necessário), ao Juiz da causa, a quem incumbirá o implemento desta decisão e, outrossim, o TJSP e o STJ, para ciência, tudo nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 25.6.2021 a 2.8.2021.

Composição: Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Edson Fachin e Nunes Marques.

Hannah Gevartosky
Secretária