



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 662120 - SP (2021/0123488-6)

**RELATOR** : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**  
**AGRAVANTE** : GERSINO DONIZETE DO PRADO  
**ADVOGADOS** : LEONARDO FERNANDES RANNA E OUTRO(S) - DF024811  
MARCO AURÉLIO PINTO FLORÊNCIO FILHO E OUTRO - SP255871  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INVERSÃO NA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. **INFRAÇÃO AO ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA.** PARTE AGRAVANTE QUE UTILIZOU OS MEIOS DE FORMA A ESGOTAR OS RECURSOS POSSÍVEIS. INOVAÇÃO. PRECLUSÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. RATIFICAÇÃO DOS DEPOIMENTOS NA FASE JUDICIAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Nos termos da jurisprudência uníssona do Superior Tribunal de Justiça, eventual inobservância do procedimento previsto no art. 212 do Código de Processo Penal se traduz em nulidade relativa, que **exige não apenas a alegação no momento oportuno, mas também a comprovação do prejuízo causado à parte**, o que não ocorreu no presente caso.

III - A defesa do agravante não arguiu a suposta nulidade nos momentos processuais adequados: não a apontou durante as audiências nas quais foram colhidos os

depoimentos supostamente acoimados de nulidade, tampouco levantou o tema em alegações finais; sendo que a oportunidade de discussão da matéria encontra-se irremediavelmente coberta pelo manto da preclusão, não podendo ser examinada nesta via, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica. Precedentes.

IV - Não houve efetiva demonstração de prejuízo, pois não se apontou de que maneira a efetiva observância da norma em tela teria repercutido de forma benéfica na situação processual do acusado; sendo que a coleta de depoimento das testemunhas deu-se após a realização de procedimento investigatório na Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual já havia um robusto caderno probatório em desfavor do investigado, formado a partir de representação junto ao CNJ; bem como **todas as testemunhas de acusação ouvidas na fase do inquérito judicial foram novamente ouvidas na fase judicial.**

V - O agravante é juiz de direito, tendo sido bem assistido durante todo o processo criminal, não havendo se falar que restou indefeso; ao revés, se utilizou de todos os meios e recursos à sua disposição; assim como em consulta ao sítio de andamento processual do STJ e do STF, verificasse terem sido manejados em seu favor do agravante uma infinidade de recursos possíveis.

VI - Houve o inegável, amplo e pleno exercício do direito de defesa pelo paciente; com o esgotamento de todos os recursos possíveis e com o paralelo manejo de sucessivos *writs* constitucionais junto às Cortes Superiores; com acionamento constante e ininterrupto do Poder Judiciário, não se pode admitir a utilização de "nulidade de algibeira" (9 anos após as oitivas questionadas).

Agravo regimental desprovido.

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por GERSINO DONIZETE DO PRADO, contra decisão monocrática de fls. 538-542, na qual não conheceu do presente habeas corpus.

No presente recurso, a defesa sustenta a interposição do agravo ao argumento de que o *"entendimento não merece prevalecer, haja vista que a nulidade apontada pelo agravante no presente writ possui caráter absoluto, podendo vir a ser reconhecida de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme diversos precedentes desta c.*

*Corte e também do eg. STF, pelo que não se sujeita à preclusão, mesmo porque o prejuízo é presumido na hipótese" (fl. 549).*

*Aduz, ainda que "a i. decisão agravada viola o devido processo legal ao considerar que não teria havido nulidade na instrução criminal pelo fato de as provas testemunhais terem se servido ao fim apenas de ratificar os supostos fatos apurados durante o procedimento administrativo na Corregedoria do TJSP, data máxima vênua" (fl. 549)*

No mérito repisa os argumentos vertidos de forma a sustentar as afirmações acima expostas.

Requer, assim, o conhecimento e provimento do presente recurso, facultado o juízo de retratação, a fim de, ao final, ser reformada a decisão atacada e a ordem de impetração concedida.

O Ministério Público Federal, às fls. 575-581, manifestou-se pelo não conhecimento ou não provimento do agravo.

Ao manter a decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos, submeto o agravo regimental à apreciação da Quinta Turma.

É o relatório.

## **VOTO**

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo regimental.

Pretende a il. Defesa, em síntese, o provimento do agravo regimental de modo a ver reformada a decisão monocrática, concedendo-se a ordem para o trancamento da ação penal em curso no Tribunal de origem.

Em que pesem os argumentos defensivos, o agravo não comporta provimento, porquanto a parte agravante não trouxe argumentos capazes de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, que deve ser mantida, máxime por que embasada em julgados desta Corte Superior de Justiça.

Com efeito, da decisão impugnada colhe-se que analisou de forma devidamente fundamentada todos os pontos apresentados, não havendo falar em constrangimento ilegal.

Salientou-se inicialmente, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

se consolidou no sentido da impropriedade do manejo do *writ* constitucional como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, circunstância que recomenda o não conhecimento deste *habeas corpus*, o caderno probatório foi analisado, por cautela, de maneira a aferir a presença de ilegalidade ou teratologia que exija a concessão da ordem de ofício.

Verifica-se que após o esgotamento de praticamente todos os recursos cabíveis na ação penal originária, a Defesa do agravante pretende inovar com a propositura deste *habeas corpus*, trazendo à baila questão que nunca chegou a ser alegada em nenhum momento e em nenhum grau de jurisdição.

Trata-se de suposta mácula na instrução da ação penal em razão do protagonismo adotado pelo Desembargador condutor da audiência na formulação de perguntas às testemunhas, o que, no entender da defesa, induziu-as a devolver respostas que prejudicaram o agravante.

Da decisão agravada, constou ainda que a alteração legislativa promovida ao artigo 212 do Código de Processo Penal pela Lei n. 11.690/2008 trouxe maior concretude ao princípio acusatório na sistemática processual penal, instituindo a inquirição direta e cruzada das testemunhas em substituição à inquirição mediada pelo magistrado; sendo também certo que na data do interrogatório do paciente, em março de 2013, a apontada modificação legislativa já estava em vigor.

Todavia, as nulidades eventualmente ocorridas no processo criminal exigem, sempre, imediato protesto do interessado. Em verdade, o artigo 571, inciso II, do Código de Processo Penal estabelece que as nulidades ocorridas na instrução criminal devem ser necessariamente arguidas em alegações finais, momento após o qual se consolida a preclusão da análise do tema.

Com efeito, nos termos da jurisprudência uníssona do Superior Tribunal de Justiça, eventual inobservância do procedimento previsto no art. 212 do Código de Processo Penal se traduz em nulidade relativa, que **exige não apenas a alegação no momento oportuno, mas também a comprovação do prejuízo causado à parte**, vejamos:

*"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVERSÃO NA ORDEM DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. PRIMEIRO O JUÍZO E DEPOIS AS PARTES. INFRAÇÃO AO ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.*

*APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ANÁLISE DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Nos termos da uníssona jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, eventual inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa, sendo necessário para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo (AgRg no AREsp 1741471/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 14/05/2021). No presente caso, a defesa não logrou demonstrar prejuízo, não havendo, pois, falar em nulidade do ato impugnado.*

*2. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.*

*3. No presente caso, verifica-se que não foram atendidos os requisitos necessários para o reconhecimento do tráfico privilegiado, uma vez que o juízo sentenciante e o Tribunal de origem reconheceram expressamente que o acusado se dedicava à criminosa, tendo em vista que as investigações e análise minuciosa do seu aparelho celular indicaram que ele vinha comercializando drogas pelo menos desde o ano de 2019, o que comprova que não se trata de traficante eventual, não fazendo, portanto, jus à aplicação da referida minorante. Assim, para se acolher a tese de que o envolvido não se dedica a atividade criminosa, para fazer incidir o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como requer a parte recorrente, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável a incidência da Súmula 7/STJ.*

*4. Mantida a reprimenda em 5 anos de reclusão, prejudicada a análise da possibilidade da fixação do regime aberto e da substituição da reprimenda.*

*5. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp n. 1.965.917/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 13/12/2021).*

*"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INQUIRÇÃO DAS PARTES PELO MAGISTRADO. PRECLUSÃO. QUESTÃO ALEGADA EM SEDE DE MEMORIAIS DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. INQUIRÇÃO COMPLEMENTAR. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

*1. Nos termos da uníssona jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, eventual inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa, sendo necessário para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo. Precedentes.*

*2. Configura a preclusão consumativa de eventual nulidade ocorrida na instrução processual quando ela é arguida pela primeira vez em sede de memoriais de apelação, mantendo-se silente a defesa durante o curso do processo em primeiro grau de jurisdição. Vale destacar que a jurisprudência dos Tribunais superiores não tolera a chamada "nulidade de algibeira" - aquela que, podendo ser sanada pela insurgência imediata da defesa após ciência do vício, não é alegada, como estratégia, numa perspectiva de melhor conveniência futura.*

*Precedentes.*

*3. Se a Corte estadual afirma que, a partir da reprodução da mídia da audiência, não foi possível notar qualquer excesso por parte do magistrado processante, que se limitou a fazer perguntar buscando o esclarecimento pontual dos fatos, inexistindo quebra da imparcialidade do julgado, não se vislumbra efetivo prejuízo ao réu.*

*Desconstituir tal conclusão exigiria necessária incursão fática nos autos, a fim de verificar a natureza das perguntas direcionadas pelo juiz durante a inquirição, o que não se admite em recurso especial, pelo óbice da Súmula 7/STJ.*

*4. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 1.741.471/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/5/2021).*

No mesmo sentido, ambas as Turmas do STF consolidaram esse mesmo entendimento (Cf. RHC n. 122.467, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, DJe de 4/8/2014; HC n. 114.787, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 14/8/2013; HC n. 114.789, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Roberto Barroso**, DJe de 30/9/2014; HC n. 114.512, **Primeira Turma**, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> **Rosa Weber**, DJe de 8/11/2013; RHC n. 117.665, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 3/10/2013; RHC n. 111.414, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 27/8/2012).

Diante de tais considerações, na decisão agravada observou-se que a defesa do agravante não arguiu a suposta nulidade nos momentos processuais adequados: não apontou durante as audiências nas quais foram colhidos os depoimentos supostamente acoimados de nulidade, tampouco levantou o tema em alegações finais.

Assim, a oportunidade de discussão da matéria encontra-se irremediavelmente

coberta pelo manto da preclusão, não podendo ser examinada nesta via, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Quanto aos apontados paradigmas (HC 187.035 pelo Supremo Tribunal Federal e HCs 147.282 e 180.705, julgados pelo Superior Tribunal de Justiça), registro que não versam sobre hipótese semelhante, já que em todos eles houve oportuno protesto das partes no momento processual adequado.

Ademais, não houve efetiva demonstração de prejuízo, pois não se apontou de que maneira a efetiva observância da norma em tela teria repercutido de forma benéfica na situação processual do acusado. Em verdade, a coleta de depoimento das testemunhas deu-se após a realização de procedimento investigatório na Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual já havia um robusto caderno probatório em desfavor do investigado, formado a partir de representação junto ao CNJ.

A mencionada representação foi acompanhada de extensa prova documental e descrição detalhada dos fatos a serem apurados, que também instruíram a ação penal. Os depoimentos tomados durante a fase de inquérito judicial foram conduzidos por três juízes auxiliares da Corregedoria do TJSP que, ao que tudo indica, deram ampla liberdade às testemunhas de acusação para manifestação sobre os fatos sobre os quais tinham conhecimento. Uma breve passada de olhos sobre os depoimentos questionados permite essa conclusão, **sendo de se observar a impropriedade de imersão na análise da prova pela via eleita.**

Não se pode deixar de perceber que **todas as testemunhas de acusação ouvidas na fase do inquérito judicial foram novamente ouvidas na fase judicial.** E duas delas eram justamente aquelas que promoveram o protocolo de representação em desfavor do agravante no CNJ (providência que redundou na abertura do já mencionado procedimento junto à Corregedoria do TJSP).

Nesse contexto, a oitiva das testemunhas de acusação na fase judicial teve contornos de ratificação dos depoimentos anteriormente prestados e de confirmação das imputações feitas.

As mencionadas circunstâncias não afastam a impropriedade da conduta do Desembargador condutor da audiência de inquirição de testemunhas, que pecou por formular seus questionamentos antes do órgão acusatório. Todavia, o excesso cometido não parece ter maculado a sua imparcialidade, ou comprometido a ação penal.

Registro, por fim, que o agravante é juiz de direito, tendo sido bem assistido durante todo o processo criminal, não havendo se falar que restou indefeso. Ao revés, se utilizou de todos os meios e recursos à sua disposição. Em consulta ao sítio de andamento processual do STJ, verifico terem sido manejados em seu favor os seguintes recursos ( após decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial que interpôs):

- Agravo regimental (improvido);
- Embargos de declaração no agravo regimental (rejeitados);
- Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental (rejeitados);
- Embargos de divergência (liminarmente rejeitados);
- Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial (improvido);
- Embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de divergência (não acolhidos);
- Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao extraordinário (improvido);
- Embargos de declaração contra acórdão da Corte Especial que negou provimento ao agravo regimental (rejeitados).

No *site* do Supremo Tribunal Federal consta a informação de que foi negado seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo agravante (veiculado em petição com mais de 280 páginas). Essa decisão monocrática, da lavra do Ministro **Dias Toffoli**, sofreu a interposição de embargos declaratórios, já julgados improcedentes, com interposição de diversos recursos nitidamente protelatórios com escopo de evitar o trânsito em julgado da condenação.

Ressalte-se, ainda, que no site do Pretório Excelso consta ainda a informação de que houve a interposição de *habeas corpus* em favor do agravante (Habeas Corpus n. 189.319), contra decisão da Quinta Turma do STJ que rejeitou os embargos de declaração no agravo regimental no REsp n. 1.530.264/SP (ao qual foi negado provimento por decisão monocrática, que foi agravada).

Houve, pois, o inegável, amplo e pleno exercício do direito de defesa pelo paciente. Pode-se dizer que é difícil encontrar processo judicial que conte com o

esgotamento de todos os recursos possíveis e com o paralelo manejo de sucessivos *writs* constitucionais junto às Cortes Superiores. E depois desse longo percurso, com acionamento constante e ininterrupto do Poder Judiciário, não se pode admitir a utilização de "nulidade de algibeira" (9 anos após as oitivas questionadas).

A manifesta impropriedade da inovação pretendida, que versa sobre matéria atingida pela preclusão, não arguida a tempo e modo próprios, impede a concessão da ordem de ofício.

Nesse contexto, conclui-se, portanto, a inviabilidade do pleito mandamental perseguido.

Por fim, destaque-se que no presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento novo e apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Acerca do tema, cito os seguintes precedentes desta Corte:

*"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE DEBATE DA TESE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DE CADA CONDENADO. INEXISTÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO IMPROVIDO.*

*1. Segundo o entendimento vigente neste Superior Tribunal de Justiça, a modificação de decisão por meio de agravo regimental requer a apresentação de argumentos capazes de alterar os fundamentos anteriormente firmados.*

*[...]*

*6. Assim, inexistindo novos fundamentos capazes de modificar o decisum impugnado, deve ser mantida a decisão.*

*7. Agravo improvido" (AgRg no HC n. 384.871/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 09/08/2017).*

*"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS PARA ATACAR A DECISÃO IMPUGNADA. MERO INCONFORMISMO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

*1. Não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática do relator, tendo em vista a possibilidade de submissão do julgado ao exame do órgão colegiado, mediante a interposição de*

*agravo regimental.*

[...]

3. *O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática proferida.*

4. *Agravo regimental improvido"* (AgRg no HC n. 369.103/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 31/08/2017).

*"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. 2. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE AMEAÇA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 44, I, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM GRAVE AMEAÇA À PESSOA. 3. RECURSO IMPROVIDO.*

*1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.*

[...]

3. *Agravo regimental a que se nega provimento"* (AgRg no HC n. 288.503/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 1º/09/2014, grifei).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.