



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 471.979 - ES (2018/0257127-0)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : BRUNO RODRIGUES BROETTO (PRESO)
ADVOGADO : LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA - ES014589
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INTERROGATÓRIO EM SEDE POLICIAL. PLEITO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. **PAS DE NULLITE SANS GRIEF**. NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. PRISÃO PREVENTIVA. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a ausência de informação quanto ao direito ao silêncio constitui nulidade apenas relativa, devendo ser suscitada em momento oportuno e dependendo de comprovação de efetivo prejuízo, consoante o princípio do **pas de nullité sans grief**.

II - No presente caso, conforme observado no v. acórdão guerreado, não se apontam a contento que efeitos danosos à situação jurídica do agravante teriam decorrido da sua audiência durante o inquérito policial supostamente sem advertência do direito ao silêncio. Logo, não demonstrado o prejuízo e não suscitada a nulidade relativa em momento oportuno, inviável o seu reconhecimento.

III - A segregação cautelar do agravante está devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam de maneira incontestada a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, notadamente em razão da gravidade concreta da conduta, tratando-se de homicídio qualificado pela utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima.

IV - Além disso, a prisão também está calcada na conveniência da instrução penal, considerando a comprovação de existência de temor das testemunhas em participar das investigações (havendo notícia de que algumas mudaram do estado receando represálias), mostrando-se a prisão a única medida apta a assegurar a busca da verdade real.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2018(Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 471.979 - ES (2018/0257127-0)

AGRAVANTE : BRUNO RODRIGUES BROETTO (PRESO)
ADVOGADO : LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA - ES014589
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por BRUNO RODRIGUES BROETTO, em face de decisão proferida por esta relatoria às fls. 602-620, em que não conheci do **habeas corpus**, no qual se buscava a declaração de nulidade de interrogatório policial realizado supostamente sem informação do direito ao silêncio e a revogação da prisão preventiva.

Repisando os argumentos suscitados na impetração, sustenta o agravante que a nulidade da oitiva ocorrida sem o aviso do direito ao silêncio, por ser de natureza absoluta, independe de demonstração do prejuízo.

Ademais, aduz que o agravante não colocou em risco o desenrolar do processo nem praticou qualquer ato que lhe prejudicasse o curso natural, de forma que a decretação da prisão preventiva careceria de fundamento legal.

Requer, assim, seja exercido o juízo de retratação ou submetido o agravo ao Colegiado para julgamento e provimento.

Por manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos, submeto o agravo regimental à apreciação da **Quinta Turma**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 471.979 - ES (2018/0257127-0)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : BRUNO RODRIGUES BROETTO (PRESO)
ADVOGADO : LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA - ES014589
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INTERROGATÓRIO EM SEDE POLICIAL. PLEITO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. **PAS DE NULLITE SANS GRIEF**. NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. PRISÃO PREVENTIVA. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a ausência de informação quanto ao direito ao silêncio constitui nulidade apenas relativa, devendo ser suscitada em momento oportuno e dependendo de comprovação de efetivo prejuízo, consoante o princípio do **pas de nullité sans grief**.

II - No presente caso, conforme observado no v. acórdão guerreado, não se apontam a contento que efeitos danosos à situação jurídica do agravante teriam decorrido da sua audiência durante o inquérito policial supostamente sem advertência do direito ao silêncio. Logo, não demonstrado o prejuízo e não suscitada a nulidade relativa em momento oportuno, inviável o seu reconhecimento.

III - A segregação cautelar do agravante está devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam de maneira incontestada a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, notadamente em razão da gravidade concreta da conduta, tratando-se de homicídio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualificado pela utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima.

IV - Além disso, a prisão também está calcada na conveniência da instrução penal, considerando a comprovação de existência de temor das testemunhas em participar das investigações (havendo notícia de que algumas mudaram do estado receando represálias), mostrando-se a prisão a única medida apta a assegurar a busca da verdade real.

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do **agravo**.

Inicialmente, destaco que é assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão impugnada por seus próprios fundamentos.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. SÚMULA N. 691/STF. SUPERAÇÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR EM REVISÃO CRIMINAL. PRETENSÃO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA AÇÃO REVISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão impugnada por seus próprios fundamentos.

[...]

Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC 474.174/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 14/11/2018).

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 619 DO CPP. OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. VIA INADEQUADA.

I - Os embargos de declaração são recurso com fundamentação vinculada, sendo imprescindível a demonstração de que a decisão embargada se mostrou ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619 do Código de Processo Penal. Podem ser admitidos, ainda, para correção de eventual erro material e, excepcionalmente, para alteração ou modificação do decisum embargado.

II - O fato de o voto ser idêntico à decisão monocrática atacada pelo regimental, não implica em omissão, pois "É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão impugnada por seus próprios fundamentos." (AgInt no HC 445.775/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018)

III - É descabido o uso do recurso especial para veicular tese de violação de dispositivo constitucional. A via recursal eleita é inadequada para abrir discussão sobre o malferimento ou não do art.93, IX, da CF, porquanto ao Superior Tribunal de Justiça não foi atribuída a missão de interpretar os preceitos da Lei Maior.

IV - Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg no REsp 1492472/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 31/10/2018)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. CONCESSÃO DE VAGAS DE TRABALHO NA UNIDADE PRISIONAL, ASSIM COMO VESTUÁRIO PARA O APENADO. ATRIBUIÇÃO DO DIRETOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS PARA ATACAR A DECISÃO IMPUGNADA. MERO INCONFORMISMO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O agravo regimental não traz argumentos capazes de alterar o entendimento firmado, veiculando mero inconformismo com o que se decidiu, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática.

2. Esta Corte Superior possui o entendimento, firmado quando do julgamento do REsp 1.378.557/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 21/03/2014, no sentido de ser atribuição do magistrado encarregado da execução penal o controle de legalidade dos atos realizados pela autoridade administrativa que dirige o estabelecimento prisional.

3. A concessão ao recorrente de vaga de emprego e a entrega de vestuário são atividades notadamente administrativas, não sendo, pois, da competência do Poder Judiciário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A ausência de submissão do pedido à autoridade administrativa, obsta a apreciação direta pelo juízo da execução.

5. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1717897/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 24/09/2018)

In casu, verifica-se que o agravo regimental interposto pela Defesa limitou-se a reproduzir os argumentados expendidos originalmente no **habeas corpus**, motivo pelo qual o **agravo regimental não comporta provimento**.

Para melhor delimitar a **questio**, transcrevo os fundamentos da decisão agravada (fls. 602-620):

"Alega o impetrante que não foram respeitados os direitos e garantias constitucionais do paciente de permanecer calado e ser assistido por um advogado, o que entende configurar nulidade.

Desta forma, resume-se a questão à análise da legalidade do interrogatório do paciente na fase administrativa e da possibilidade de desentranhamento da prova ilícita, com uma conseqüente extinção da prisão preventiva.

Todavia, apresenta-se exaustivamente fundamentada a decisão que indeferiu o pedido defensivo de declaração de vício de nulidade das provas colhidas em sede policial. O MM. Juiz competente ao indeferir o desentranhamento do interrogatório argumenta o seguinte em sua extensa decisão:

'(...) Também não há como acolher o pedido de desentranhamento dos interrogatórios dos acusados Bruno e Dionathas decorrente da ausência de advertência do direito ao silêncio. Com efeito, o vício apontado indica a possibilidade da existência da denominada prova ilegítima, não prova ilícita. Ambas são espécie do gênero prova ilegal, mas a primeira é produzida com ofensa a direito processual, ao passo que a segunda vulnera norma de índole material, seja constitucional ou legal. A cláusula constitucional de inadmissibilidade se mostra cabível e adequada, via de regra, para provas obtidas por meio criminoso, pois, na hipótese da prática de ato de instrução com violação de regras processuais - prova ilegítima, as conseqüências ou sanções dela decorrentes estão cominadas no próprio ordenamento processual (e.g., laudo de exame de corpo de delito subscrito por único perito não oficial). Em tais casos, impõe-se discutir a validade ou o âmbito de eficácia da prova tida como ilegítima, o que restaria prejudicado com o aludido desentranhamento e evidencia seu descabimento no caso em apreço, tanto mais quando se verifica a possibilidade de confirmação do seu teor na esfera judicial, tal como no caso do acusado Dionathas.

De qualquer modo, não se constata, de plano, indícios de que tenham os acusados sido forçados a falar ou compelidos a assinar algo que não correspondia às suas vontades. Em outros termos, não se verifica, em sede de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cognição sumária, qualquer ausência de voluntariedade nas declarações prestadas.

Bem por isso é que a 1ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Penal 530, Relatada pela Ministra ROsa Weber, j. 09.09.2014, conclui que "Não há nulidade automática na tomada de declarações sem a advertência do direito ao silêncio, salvo quando demonstrada a ausência do caráter voluntário do ato" (destaquei), o que, como já dito, não se verifica na hipótese em apreço.

A garantia constitucional decorre do axioma *nemo tenetur se detegere*, tendo, portanto, o objetivo de dar conhecimento aos suspeitos do direito de não se autoincriminarem ou, simplesmente, calarem-se. Essa a razão essencial que os acusados Bruno e Dionathas contam com envolvimento em outros ilícitos penais, tendo o primeiro, tendo o primeiro, inclusive, sido detido e autuado em flagrante pelos crimes de receptação e porte ilegal de arma de fogo, donde se extrai que ambos já possuem pleno conhecimento do direito de permanecerem silentes por ocasião da autodefesa, tanto mais quando se verifica que o acusado Bruno prestou suas declarações acompanhado de advogado.

Qualquer interpretação racional que não considere o fundamento da regra que se busca interpretar é inconcebível em um sistema cultural. A interpretação de um dispositivo, ainda que de índole constitucional, não pode ser literal ou gramatical. Tal interpretação deve despontar apenas como a primeira etapa da exegese, o seu ponto de partida. A máxima "*interpretatio cessat in claris* ou *in claris non fit interpretativo*" segundo a qual descabe qualquer trabalho interpretativo diante da clareza do preceito legal, não mais usufrui do prestígio de antanho.

Tudo o que existe no mundo cultural, isto é, no mundo criado pelo homem, tem um objetivo ou uma razão de ser. Toda regra tem um fundamento que a justifica, e isso porque é óbvio que as regras e as formas não são criadas apenas para que regras e formas existam. Ao revés, são criadas diante de uma situação, que constitui o seu fundamento, um certo objetivo, eleito pelo legislador, a ser atingido. Não há lei que não se enderece a uma finalidade, a uma meta ou objetivo. Na criação da norma, não procede o Direito aleatoriamente, estabelecendo preceitos legais por mero passatempo ou entretenimento. Objetiva-se uma finalidade, e isso é o que o Juiz deve buscar alcançar e cumprir.

[...]

Com isso em mente, possível afirmar que constitui verdadeiro desconchavo e disparate a aplicação de um regramento jurídico sem que esteja presente o fundamento que o justifica. Em resumo: se a prova não foi obtida por meio criminoso, se inexistem indícios da ausência de voluntariedade nas declarações e se evidenciado o pleno conhecimento da possibilidade de permanecerem em silêncio, a irregularidade apontada não tem como consequência a sanção jurídica pretendida, mesmo porque há



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de confirmação do teor das declarações, notadamente no caso do acusado Dionathas. (...)'(fls. 180-182).

Como visto, o fato alegado pela defesa não leva a nulidade, não havendo nos autos quaisquer fatos comprobatórios de coação ou de violência. Ao contrário. Percebe-se das mídias juntadas ao caderno processual total serenidade e tranqüilidade nas palavras do acusado, sendo tratado de forma extremamente cordial pelos servidores públicos da Polícia Civil.

Sendo assim, de fato, **não se verifica qualquer ausência de voluntariedade nas declarações prestadas**, não havendo prova de coação em seu proferimento.

Embora ausente no termo de interrogatório (fls. 133-137) a informação do direito ao silêncio, não há falar-se em nulidade diante da patente falta de prejuízo ao paciente.

[...]

De mais a mais, quando o paciente for interrogado em Juízo, terá ele a oportunidade plena de retificar ou não suas declarações prestadas na fase policial, esclarecendo sobremaneira os fatos que são de seu conhecimento, podendo, por óbvio, ficar em silêncio perante a autoridade judicial.

Lado outro, mostra-se oportuno ressaltar que a **Lei nº 10.792/03 traz a imposição da presença do advogado somente no interrogatório realizado na presença do juiz**, não se aplicando esta regra ao inquérito policial se este não estiver presente no local.

De fato, os direitos constitucionais de assistência de advogado e permanência em silêncio, durante o inquérito policial, geram apenas a **nulidade relativa, necessitando, pois, da demonstração do prejuízo posterior à parte para que seja reconhecida a nulidade de qualquer ato processual, o que não se constatou, ao menos na via estreita do habeas corpus.**

Ademais, impende registrar que eventuais irregularidades ocorridas durante o inquérito policial não contaminam o processo judicial escorreitamente instaurado, porquanto se trata de mera peça informativa, cujo escopo é fornecer ao titular da ação penal elementos que o habilitam a promovê-la' (grifei)

Inicialmente, destaco que a jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a ausência de informação quanto ao direito ao silêncio constitui nulidade apenas relativa, devendo ser suscitada em momento oportuno e dependendo de comprovação de efetivo prejuízo, consoante o princípio do **pas de nullité sans grief**.

Nesse sentido, transcrevo julgados desta Corte Superior de Justiça:

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS TRIPLAMENTE QUALIFICADOS. INCÊNDIO. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADVERTÊNCIA DO DIREITO AO SILÊNCIO. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. DEPOENTE SOB O EFEITO DE DROGAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a ausência de informação acerca do direito de permanecer calado ao acusado gera apenas a nulidade relativa, devendo ser arguída em momento oportuno, a teor do disposto no art. 571 do CPP, cuja declaração depende, ainda, da comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no caso. Precedentes.

2. Em relação à alegação de que o recorrente encontrava-se sob o efeito de drogas quando prestou o depoimento policial, o Tribunal de Justiça entendeu que não havia declaração médica de que ele não estaria em condições de depor e que, ainda que assim não fosse, "não haveria razão jurídica para decretação de nulidade ou necessidade de desentranhamento do respectivo termo". Verifica-se que rever tal posicionamento implicaria necessariamente reexaminar a matéria fático-probatória, o que é inviável nesta sede especial, a teor da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.' (AgRg no REsp 1679278/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 01/08/2018)

'PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INIMPUTABILIDADE. EXAME DE INSANIDADE MENTAL. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE DÚVIDA FUNDADA SOBRE A INTEGRIDADE MENTAL DO ACUSADO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 149 DO CPP. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DISPENSA DA OITIVA DE TODOS OS POLICIAIS ENVOLVIDOS NA PRISÃO EM FLAGRANTE. REGULARIDADE. "CONFISSÃO" EXTRAJUDICIAL. DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do artigo 149 do Código de Processo Penal, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. Dessa leitura, depreende-se que o exame não é automático ou obrigatório, dependendo da existência de dúvida plausível acerca da higidez mental do acusado.

2. Neste feito, as instâncias ordinárias não identificaram dúvida fundada sobre a integridade mental do acusado e, ademais, a defesa se limitou a afirmar que o réu fazia uso de entorpecentes, sem delimitar eventual dúvida a respeito da sua capacidade de entender a ilicitude ou de direcionar sua vontade, ao tempo dos fatos.

3. Visto que as instâncias ordinárias fundamentaram adequadamente a desnecessidade do exame de sanidade mental solicitado pela defesa, a alteração desse juízo demandaria o revolvimento do material fático-probatório, expediente vedado na via do recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

5. A instância de origem pôde identificar todos os requisitos essenciais à regularidade da peça acusatória inicial, que atendeu plenamente aos princípios do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contraditório e da ampla defesa, não havendo falar em inépcia da denúncia.

6. É legítimo o indeferimento motivado da oitiva de testemunhas, o que não configura cerceamento de defesa, por ser a discricionariedade o critério norteador do juízo de pertinência e relevância.

7. Nos termos do art. 186, parágrafo único, do CPP, bem como do art. 5º, LXIII, da Constituição, o alerta sobre o direito ao silêncio é garantido ao preso e ao acusado de uma prática delitiva. A jurisprudência desta Corte Superior, no entanto, pacificou o entendimento de que a inobservância dessa regra gera apenas nulidade relativa, cuja declaração depende inexoravelmente da demonstração do prejuízo por quem o alega.

8. No caso em análise, o recorrente não logrou demonstrar o prejuízo suportado em seu direito de ampla defesa ante à alegada falta de advertência da prerrogativa de permanecer calado, quando da abordagem policial. É que, como consignado no acórdão recorrido, após a prisão, foi devidamente informado acerca de seus direitos constitucionalmente garantidos, conforme comprova o termo de interrogatório indiciário de fl. 07 (e-STJ fl. 409). Ressalte-se, ainda, que as declarações prestadas aos policiais no momento da prisão em flagrante serviram apenas como mais um elemento, dentro do conjunto probatório constante dos autos.

9. Agravo regimental não provido.' (AgRg no REsp 1503533/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 25/05/2018)

'RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DENÚNCIA. INTERROGATÓRIO POLICIAL. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NEGATIVA DA AUTORIA. DESPROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção" (RHC 123.890 AgR/SP, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 15/05/2015).

2. Hipótese em que a Defesa não apontou qualquer prejuízo decorrente da suposta falta de informação, no interrogatório policial, do direito ao silêncio. E o recorrente negou a autoria do delito.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento.' (RHC 72.510/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 21/10/2016)

E os seguintes precedentes do col. Supremo Tribunal Federal:

"DIREITO PENAL. CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA E DE USO DE DOCUMENTO FALSO.

[...]

2. Não há nulidade automática na tomada de declarações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem a advertência do direito ao silêncio, salvo quando demonstrada a ausência do caráter voluntário do ato. Ademais, a presença de defensor durante o interrogatório do investigado ou acusado corrobora a higidez do ato. Precedente citado.

[...]

*7. Extinção da punibilidade dos acusados, em face da prescrição da pretensão punitiva, baseada nas penas em concreto, restando prejudicada a condenação." (AP 530, **Primeira Turma**, Rel. Min.^a **Rosa Weber**, Rel. p/ o acórdão Min. **Roberto Barroso**, DJe 19/12/2014)*

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO DE ARMAS E MUNIÇÕES. POSSE E DETENÇÃO DE EXPLOSIVOS E ARTEFATOS. CRIME DE LAVAGEM DE BENS, DIREITOS E VALORES. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. DECISÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FUNDAMENTADAS. IMPETRAÇÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção

*6. Agravo regimental ao qual se nega provimento." (RHC 123.890/SP, **Segunda Turma**, Rel. Min.^a **Cármem Lúcia**, DJe 18/05/2015)*

*"Verifica-se, **in casu**, que o v. aresto impugnado na presente impetração encontra-se suficientemente fundamentado no ponto em que recusa a tese de nulidade absoluta do interrogatório ocorrido na fase inquisitorial.*

Com efeito, amparado fortemente na documentação acostada nos autos e nas razões expendidas na r. decisão do d. Juízo de 1º Grau, o eg. Tribunal de Justiça asseverou não existirem fatos comprobatórios de coação ou de violência física que justifiquem por sob dúvida a voluntariedade ou a espontaneidade das declarações prestadas pelo paciente.

Ademais, observou corretamente que as informações prestadas pelo paciente poderão ser retificadas, esclarecidas ou negadas perante a autoridade judiciária durante a instrução processual.

Nesse particular, importa registrar que no juízo cognitivo sobre os fatos não são considerados os elementos de informação obtidos durante o inquérito policial,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mas, exclusivamente, as provas produzidas em fase judicial, submetidas ao contraditório e à ampla defesa. Os elementos de informação prestam-se tão somente a fornecer subsídio para que seja promovida a ação penal.

Ressalte-se que conforme os termos do art. 563 do Código de Processo Penal, a declaração de nulidade do ato condiciona-se a dele resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, comprovadamente.

A comprovação do prejuízo, por seu turno, é ônus processual que o impetrante deve cumprir. Necessário, pois, indicar, de modo concreto e preciso, como e em que medida o ato inquinado de nulo foi ou é efetivamente prejudicial ao paciente.

No presente caso, conforme observado no v. acórdão guerreado, não se apontam a contento que efeitos danosos à situação jurídica do paciente teriam decorrido da sua audiência durante o inquérito policial supostamente sem advertência do direito ao silêncio. Logo, não demonstrado o prejuízo e não suscitada a nulidade relativa em momento oportuno, inviável o seu reconhecimento.

Por derradeiro, a respeito da prisão preventiva, transcrevo, por oportuno, os seguintes trechos do v. acórdão combatido (fls. 280-300):

'Outrossim, quanto à decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, verifico que o douto Magistrado de primeira instância, fê-lo ao fundamento de que se encontram presentes os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, asseverando que:

[...]

Assim, constata-se que também a decisão se encontra devidamente fundamentada.

Desta forma, não obstante serem relevantes os judiciosos argumentos do impetrante, considero acertada a decisão de primeiro grau, uma vez que a prisão cautelar do paciente se revela necessária para conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal e para resguardar da ordem pública, nos termos dos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal, não se vislumbrando também, como já se disse, qualquer nulidade a ser declarada.

Por fim, vale pontuar que a prisão preventiva não infringe o princípio constitucional da presunção de inocência, por ter caráter meramente cautelar e se justifica, obviamente, pela presença dos requisitos contidos no artigo 312 do CPP.

Em idêntico sentido o parecer da douta Procuradoria de Justiça, de lavra da Dr. Samuel Scardini Filho, às fls. 224/229-v, cujos argumentos incluo como razões de decidir:

Imprescindível salientar que o Inquérito Policial é peça informativa cuja função é fornecer elementos indiciários mínimos para o oferecimento de Denúncia, ou seja, suprir a Ação Penal, e neste contexto firmou-se o entendimento da não ocorrência de nulidade quando o mesmo apresenta alguma irregularidade sanável ou que não gerou prejuízo ao réu, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o caso dos autos.

E neste condão, há de se ressaltar ainda a sapiência de que os atos praticados quando da elaboração do Inquérito Policial não oportuniza ao acusado o exercício do contraditório e da defesa, vez que os referidos direitos deverão e poderão ser exercidos na instrução Judicial, sob pena de ocorrerem duas instruções, uma perante o Delegado e outra perante o Juiz.

[...]

Assim sendo, não há que se falar em nulidade. E à vista da documentação colacionada, existem, sim, sérios indícios de autoria e materialidade delitiva a permitir a deflagração e processamento da Ação Penal em desfavor do Paciente, não havendo que se falar que inexistem provas de que o mesmo não tinha envolvimento na atividade delitiva, visto que todo o conjunto probatório existente nos autos de origem evidencia indícios de autoria capazes de manter o Decreto prisional. [...]

Ademais, não se pode olvidar que a Decisão sobre a decretação do cárcere é um ato valorativo que se insere na órbita de convencimento do Juiz, pois é ele que se encontra próximo aos fatos e, portanto, pode melhor inferir sobre sua necessidade. Nessa toada, existindo no caso concreto elementos que demonstram a necessidade de manutenção da constrição cautelar do Paciente, não há que se falar na caracterização de constrangimento ilegal, competindo ao Juiz enfrentar as peculiaridades de cada caso e decidir qual ou quais as medidas cautelares - prisão ou as elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal - são as mais adequadas para assegurar os fins por elas almejados.' (grifei)

*Da análise dos excertos acima transcritos, observa-se que a segregação cautelar do paciente está devidamente fundamentada em **dados concretos extraídos dos autos**, que evidenciam de maneira incontestada a necessidade da prisão para **garantia da ordem pública**, notadamente em razão da gravidade concreta da conduta, tratando-se de **homicídio qualificado pela utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima**.*

Acerca do tema, cito os seguintes precedentes desta eg. Corte Superior:

'PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA POR OCASIÃO DA PRONÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO COM EMPREGO DA TÉCNICA PER RELATIONEM. VALIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DA CUSTÓDIA CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. SEGURANÇA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. TESTEMUNHAS AMEAÇADAS. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INVIÁVEIS. RECURSO DESPROVIDO.

I - 'É suficiente a fundamentação lançada per relationem na sentença de pronúncia para manter a prisão cautelar, se se reporta à decisão que apresentou motivos reais da necessidade da segregação' (HC 327.069/PI, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 03/02/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Na hipótese, o juiz singular não apenas reiterou os termos do decreto de prisão preventiva originário, mas adaptou as suas razões ao novo cenário fático-processual, em cumprimento da determinação contida no art. 413, § 3º, do Código de Processo Penal.

III - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

IV - **A custódia cautelar do recorrente se legitima, em razão de sua periculosidade social, para a garantia da ordem pública, tendo-se em vista a gravidade concreta do delito por ele supostamente praticado - em coautoria e com unidade de desígnios com o corréu -, evidenciada no seu modus operandi: homicídio cometido com extrema violência, em plena via pública, sem nenhuma chance de defesa para a vítima, que foi atingida por cinco disparos de arma de fogo, em cumprimento a ameaças de morte feitas no dia anterior.**

V - A prisão preventiva do recorrente está justificada também na necessidade de assegurar a instrução criminal. A referida motivação não restou superada, mesmo após o esgotamento da primeira fase do procedimento de julgamento no Tribunal do Júri. As instâncias ordinárias entenderam que está demonstrado que o recorrente impõe temor relevante nas testemunhas e estas ainda poderão ser ouvidas perante o Conselho de Sentença, sendo responsabilidade da justiça garantir que o seu depoimento ocorra livre de constrangimentos.

VI - Revela-se inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário desprovido' (RHC n. 80.191/PR, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 22/3/2017, grifei).

'RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. MOTIVO TORPE. ASFIXIA. RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DA VÍTIMA. FRAUDE PROCESSUAL. PRISÃO PREVENTIVA. CUSTÓDIA FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO EVENTO DELITUOSO. GRAVIDADE DIFERENCIADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. TESTEMUNHAS EM PROGRAMA DE PROTEÇÃO. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. Não há constrangimento quando a manutenção da custódia preventiva está fundada na necessidade de se acautelar a ordem pública, vulnerada em razão da gravidade concreta do delito perpetrado, bem demonstrada pelas graves circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em que ocorrido o fato criminoso, indicativas da periculosidade social do réu.

2. Caso em que o recorrente, no âmbito doméstico, tentou matar sua noiva, mediante asfixia mecânica, deixando-a desfalecida no chão, para em seguida alterar a cena do crime mediante uso de produto químico, inclusive jogando o líquido perigoso sobre a ofendida, causando-lhe lesão neurológica permanente e ferimentos, tudo ao que parece, motivado pelo sentimento de ciúme e posse, circunstâncias e motivo que denotam a presença do *periculum libertatis* exigido para a preventiva.

3. Ausente coação ilegal quando a custódia cautelar também se mostra necessária para a conveniência da instrução criminal, tendo em vista a necessidade de ter-se colocado testemunhas em programa de proteção.

4. Condições pessoais favoráveis não têm o condão de revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

5. Incabível a aplicação de cautelares diversas quando a segregação encontra-se justificada para acautelar o meio social, diante da gravidade efetiva do delito.

6. Recurso ordinário conhecido e improvido' (RHC n. 80.854/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 10/05/2017).

Alem disso, **a prisão também está calcada na conveniência da instrução penal, considerando a comprovação de existência de temor das testemunhas em participar das investigações** (havendo notícia de que algumas mudaram do estado receando represálias), mostrando-se a prisão a única medida apta a assegurar a busca da verdade real.

Nesse sentido:

'PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. A prisão preventiva está adequadamente motivada com base em elementos concretos extraídos dos autos, para garantia da ordem pública, na medida em que se trata de paciente perigoso, com inclinação a práticas delitivas. Necessária se faz a prisão para garantia da ordem pública, evitando-se, assim, reiteração. Ademais, é conveniente para instrução criminal, na medida em que o paciente é acusado de ter matado uma das possíveis testemunhas do caso em questão.

4. A reiteração delitiva é fundamento idôneo para justificar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encarceramento cautelar, tendo como fim o resguardo da ordem pública.

5. *Habeas corpus não conhecido.*' (HC 460.682/MA, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 15/10/2018)

'HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. CRIME VIOLENTO PRATICADO CONTRA O PRÓPRIO IRMÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AMEAÇAS A TESTEMUNHAS. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. *'Tratando-se de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, não há que se falar em substituição da prisão preventiva pela domiciliar em razão do mandamus coletivo concedido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 143.641/SP.'* (AgRg no HC 438.607/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 05/04/2018) 2. *No caso, a paciente, embora seja mãe de uma criança com 8 anos de idade, o crime imputado foi praticado com extrema violência contra um membro da própria família, seu próprio irmão, e a motivação do crime (o fato de que a paciente e seu companheiro estariam envolvidos com o tráfico de drogas) evidencia que a criança se encontrava exposta a um ambiente extremamente perigoso. Ademais, o retorno da paciente à liberdade poderá colocar em risco a instrução processual, notadamente em razão do registro de ameaças a testemunhas. Ausência de constrangimento ilegal. Precedentes.*

3. *Habeas corpus denegado.*' (HC 457.903/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 19/10/2018)

'HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO TORPE. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE PRONÚNCIA. SEGREGAÇÃO MANTIDA PELOS MESMOS FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. CONSTRIÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CIRCUNSTÂNCIAS DO EVENTO DELITUOSO. GRAVIDADE DIFERENCIADA. MODUS OPERANDI. HISTÓRICO CRIMINAL. FUNDADO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. *O Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.*

2. *O advento de decisão de pronúncia não enseja a prejudicialidade do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclamo, no ponto relacionado à fundamentação da prisão preventiva, quando os fundamentos que levaram à manutenção do decreto foram os mesmos apontados por ocasião da decisão primeva.

3. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente fundada no art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade efetiva do agente, evidenciada pelas circunstâncias em que cometido o delito e pelo seu histórico criminal.

4. Na espécie, o acusado, após ameaças de morte ao namorado de sua ex-companheira, supostamente se passou por piscineiro para adentrar na casa da vítima, prendeu seus familiares em um quarto e, na sequência, efetuou diversos disparos de arma de fogo contra o ofendido, a maior parte desferidos contra sua cabeça. Além disso, apurou-se que o crime teria sido motivado por ciúme, pois o autor não se conformava com o término de seu relacionamento amoroso.

5. Tais particularidades do crime bem evidenciam a gravidade concreta da conduta incriminada, a personalidade violenta do agente e, via de consequência, a sua real periculosidade, mostrando que a prisão é mesmo devida para acautelar o meio social.

6. Como se não bastasse, a custódia faz-se necessária também para evitar a reiteração delitiva, uma vez que o paciente possui extensa folha de antecedentes, a revelar que o caso em comento não é fato isolado em sua vida.

7. A substituição da prisão preventiva pela domiciliar ao pai com filho menor de 06 (seis) anos de idade exige a comprovação da imprescindibilidade do agente aos cuidados especiais de que necessita a criança, o que não foi demonstrado nos autos.

8. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

9. Demonstrada a imprescindibilidade da segregação preventiva, está clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal a bem da ordem pública, a sua aplicação não se mostraria adequada e suficiente para reprimir a atividade ilícita desenvolvida pelo recorrente, diante da presença do periculum libertatis, bem demonstrado na espécie.

10. Habeas corpus não conhecido.' (HC 438.000/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 17/10/2018)

'RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO, DANO QUALIFICADO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA, DISPARO DE ARMA DE FOGO, PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E TORTURA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI DOS DELITOS E RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA PARA A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISÃO PREVENTIVA. QUESTÃO QUE DEMANDA INCURSÃO APROFUNDADA NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DA VIA RECURSAL ELEITA. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. A custódia cautelar foi devidamente fundamentada nos exatos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, sobretudo em razão do modus operandi dos delitos, revelador da perniciosidade social da ação. O Recorrente, policial militar, e outros dois indivíduos, teriam submetido um casal à violência física e psicológica, incluindo o uso de uma "pedra modelada" e disparo de arma de fogo contra uma das vítimas, tendo o Recorrente, na ocasião, "'presenteado' as vítimas com um estojo (cartucho) da munição deflagrada, como 'lembrança', a fim de que se intimidassem", circunstâncias que denotam a gravidade concreta das condutas.

2. Além disso, o Recorrente "é contumaz na prática de delitos de diversas naturezas", conforme registrado na decisão que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva, fato também consignado pelo acórdão recorrido, o que demonstra o risco concreto de reiteração delitiva e obsta a revogação da medida constritiva para garantia da ordem pública.

3. A existência de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.

4. Demonstradas pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não é possível a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011.

5. Análise mais profunda da alegação de ausência de materialidade delitiva para a prisão preventiva do Recorrente demandaria, necessariamente, um exame acurado das provas, incabível na via estreita do recurso ordinário em habeas corpus.

6. Sob pena de indevida supressão de instância, esta Corte não pode apreciar o alegado excesso de prazo na formação da culpa, pois essa questão não foi suscitada na inicial do mandamus nem apreciada pelo Tribunal a quo. Precedentes.

7. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.' (RHC 100.870/MT, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz,, DJe 11/10/2018)

'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOIS HOMICÍDIOS TRIPLAMENTE QUALIFICADOS TENTADOS E ROUBO QUALIFICADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E CONCURSO DE CRIMES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PRONÚNCIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTO IDÔNEO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As teses de inobservância do procedimento previsto no art. 226 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código de Processo Penal no reconhecimento fotográfico e de desrespeito ao art. 69 do Código Penal na escolha do concurso material de crimes para os delitos de homicídio tentado não foram analisadas pela instância de origem. A defesa nem sequer opôs embargos de declaração. Ausente, portanto, o devido prequestionamento da matéria, a impossibilita o processamento do recurso especial.

2. As instâncias ordinárias pronunciaram o recorrente nas penas dos arts. 121, § 2º, III, V e VII, c/c os arts. 14, II (duas vezes), 29, caput, e 69, caput, assim como no art. 157, § 2º, I, II e IV, todos do Código Penal, porque identificaram, concretamente, estar comprovada a materialidade e haver indícios suficientes de autoria quanto aos crimes de homicídio qualificado, na forma tentada, e roubo, conforme disposto no art. 413 do Código de Processo Penal. Rechaçar a referida conclusão - para absolver sumariamente o réu, afastar as qualificadoras dos delitos de homicídio tentado e o concurso de crimes entre eles, ou, ainda, desclassificar os delitos de homicídio tentado e roubo, respectivamente, para resistência e receptação implicaria reexame de provas, o que é inadmissível no recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ.

3. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas - e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos do art. 282, I e II, c/c o art. 312, ambos do Código de Processo Penal.

4. O Juízo singular apontou a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial a garantia da ordem pública, evidenciada pelo risco de reiteração delitiva, porquanto o recorrente possui duas ações penais em andamento, uma delas por roubo qualificado, fato que haveria ocorrido em 14/10/2014, e outra por porte de arma com numeração raspada, com ocorrência em 4/5/2015. Além disso, há uma medida protetiva de urgência decorrente de violência doméstica contra mulher, iniciada em 8/10/2015.

5. Agravo regimental não provido.' (AgRg no AREsp 1165384/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 08/10/2018)

Presentes os requisitos para a imposição da medida constritiva, previstos nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, não há que se reconhecer qualquer ilegalidade na decisão vergastada.

*Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**."*

Consoante observei na decisão agravada, a jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a ausência de informação quanto ao direito ao silêncio constitui nulidade apenas relativa, devendo ser suscitada em momento oportuno e dependendo de comprovação de efetivo prejuízo, consoante o princípio do **pas de nullité sans grief**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, o agravante não logrou demonstrar de que maneira e em que medida o interrogatório, ocorrido em sede inquisitorial sem que, supostamente, ele fosse avisado do direito de permanecer em silêncio, teria de fato resultado em prejuízo.

Assim, tendo em vista que o agravante não se desembumbiu do ônus processual de demonstrar o prejuízo da nulidade relativa suscitada e tampouco a arguiu em momento oportuno, inviável o seu reconhecimento.

Menciono ainda os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. APELAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. APELAÇÃO. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ART. 93, IX DA CF/88. CONDENAÇÃO DO PACIENTE FUNDADA NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO E NÃO EM INTERROGATÓRIO ISOLADO DE CORREU EM SEDE POLICIAL. TORTURA NÃO DEMONSTRADA. NULIDADES FORMAIS. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

IX - Por fim, conforme tem entendido esta Corte (HC n. 189.364/PI, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 22/8/2013) a existência de eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio, por ocasião do interrogatório realizado no âmbito do inquérito policial, é causa de nulidade relativa, cuja declaração depende de oportuna alegação e de demonstração do prejuízo. No caso em tela, a matéria não foi suscitada oportunamente e não foi demonstrado o prejuízo, mormente por estar, segundo consta do Acórdão guerreado, o correu acompanhado de advogado constituído.

Habeas corpus não conhecido." (HC 265.602/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 21/10/2014)

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

HOMICÍDIO QUALIFICADO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SUSPEITO INQUIRIDO SEM QUE FOSSE ADVERTIDO DO SEU DIREITO AO SILÊNCIO E À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. NEGATIVA DE AUTORIA DO CRIME. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O DEPOIMENTO IMPUGNADO TENHA SIDO UTILIZADO PARA A DEFLAGRAÇÃO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL.

NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EIVA INEXISTENTE. 1. Esta colenda Quinta Turma, acompanhando entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo.

2. No caso dos autos, não obstante não conste do termo de declarações prestadas pelo paciente que foi advertido do direito de permanecer calado, o certo é que negou a prática delitiva, o que afasta a ocorrência de prejuízos à sua defesa e impede o reconhecimento da eiva suscitada na impetração. Precedentes.

3. O presente mandamus não foi instruído com a íntegra do inquérito policial, peça processual indispensável para que se pudesse aferir se as declarações prestadas pelo paciente teriam sido efetivamente utilizadas para embasar a deflagração da persecução criminal.

4. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa.

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 390.773/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 30/08/2017)

Ademais, verifica-se nos autos que a decretação da **prisão preventiva** fundamentou-se na **garantia da ordem pública**, em face da gravidade concreta da conduta, e na **conveniência da instrução criminal**, uma vez que está comprovado o fundado receio de testemunhas em participar das investigações, tendo algumas delas mudado de estado temendo represálias.

Logo, havendo indicação de fundamentos concretos que justificam a segregação cautelar, inviável a sua revogação ou substituição por outras medidas cautelares, que não se mostrariam aptas a resguardar os fins visados pela decretação da prisão preventiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cito, nessa esteira, os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO (EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO À LIBERDADE) E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. NEGATIVA DE AUTORIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. ALEGAÇÃO DE RECONHECIMENTO PESSOAL IRREGULAR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PARADIGMA QUE FUNCIONA COMO SIMPLES RECOMENDAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI DO DELITO. RÉU FORAGIDO DO DISTRITO DA CULPA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RECURSO DESPROVIDO.

I - A avaliação da tese de negativa de autoria, no caso, implicaria amplo revolvimento do material fático carreado aos autos, o que é inviável nesta estreita via, de cognição sumária, devendo a questão ser enfrentada no bojo da ação penal em trâmite na origem, após a imprescindível dilação probatória.

II - É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, servindo o paradigma legal como mera recomendação. (Precedentes)

III - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

IV - In casu, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública está fundada em elementos concretos extraídos dos autos, notadamente, no modus operandi do delito, supostamente praticado com o uso de arma de fogo, expondo as vítimas a perigo de vida, o que torna patente a periculosidade social do recorrente. Ademais, consta que ele se encontra foragido do distrito da culpa, o que reforça a necessidade da custódia cautelar também para a aplicação da lei penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso ordinário desprovido." (RHC 67.675/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe 28/03/2016).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NULIDADE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REITERAÇÃO DELITIVA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. CUIDADOS DE CRIANÇA. IMPRESCINDIBILIDADE NÃO COMPROVADA. AUSENTE ILEGALIDADE.

1. *É pacífico o entendimento desta Corte Superior que o procedimento do habeas corpus não permite a dilação probatória, pois exige prova pré-constituída das alegações, sendo ônus do impetrante trazê-la no momento da impetração.*

2. *Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, pela reincidência da paciente e sua inclusão em organização criminosa, não há que se falar em ilegalidade.*

3. *Não tendo sido demonstrado nos autos que a paciente se enquadra nas hipóteses estabelecidas no art. 318, III e V, do CPP, visto que a acusada é avó de adolescente com 13 anos de idade, não há ilegalidade.*

4. *Habeas corpus denegado.*" (HC 466.896/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 23/11/2018).

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0257127-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 471.979 / ES**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00031324220188080000 00275362220178080024 275362220178080024
31324220188080000

EM MESA

JULGADO: 11/12/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA E OUTRO
ADVOGADOS : LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA - ES014589
AIRES VINICIUS CAMPOS COELHO E OUTRO(S) - ES020344
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : BRUNO RODRIGUES BROETTO (PRESO)
CORRÉU : HILARIO ANTONIO FIOROT FRASSON
CORRÉU : ESPERIDIAO CARLOS FRASSON
CORRÉU : VALCIR DA SILVA DIAS
CORRÉU : HERMENEGILDO PALAURO FILHO
CORRÉU : DIONATHAS ALVES VIEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : BRUNO RODRIGUES BROETTO (PRESO)
ADVOGADO : LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA - ES014589
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.