



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 154.402 - SP (2009/0228007-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEYTON BORGES DE OLIVEIRA
PACIENTE : MICHAEL DA SILVA PEREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE. OITIVA DE TESTEMUNHAS. CARTA PRECATÓRIA. UM DOS PACIENTES QUE NÃO COMPARECEU AO ATO. PRISÃO. REQUISIÇÃO. NÃO CONDUÇÃO PELO PODER PÚBLICO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO RESPEITADOS. EIVA RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Não obstante o réu tenha direito à presença física na audiência de oitiva de testemunhas, mesmo que por carta precatória, bem como, estando preso, de ser requisitado, é inviável acolher-se nulidade do ato procedido na sua ausência se a defesa não logrou demonstrar que, como realizado, acarretou-lhe prejuízo e evidente constrangimento ilegal, nos termos do art. 563 do CPP, pois aludido procedimento, por si só, não ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa.

2. No caso em apreço, da documentação que instrui a inicial, especialmente da ata da audiência de oitiva da vítima Raquel realizada no juízo deprecado em 2-9-2008, observa-se que o paciente Cleyton estava presente na realização do ato, circunstância que afasta o constrangimento ilegal aventado quanto a ele.

3. Ademais, eventual nulidade do ato somente se aproveitaria ao paciente Michael, entretanto, em que pese este não estivesse presente na realização da audiência, a Defensora Pública Renata Simões Stabile Bucceroni compareceu à oitiva da vítima, preservando, assim, os interesses daquele. Assim, não restando comprovada a ocorrência de prejuízo, impossível anular-se o processo como almejado.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 24 de maio de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 154.402 - SP (2009/0228007-0)

IMPETRANTE : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEYTON BORGES DE OLIVEIRA
PACIENTE : MICHAEL DA SILVA PEREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de CLEYTON BORGES DE OLIVEIRA e MICHAEL DA SILVA PEREIRA contra acórdão da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no recurso de Apelação Criminal nº 990.09.026049-1. O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo do primeiro paciente, para reduzir as penas fixadas na sentença, e, ainda, deu provimento ao apelo do Ministério Público, para reconhecer a autoria do segundo paciente, a fim de condená-lo pela prática da conduta prevista no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, às penas de 06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Noticia o impetrante que foram violados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Afirma que a audiência de inquirição de testemunha no juízo deprecado foi realizada sem a presença do paciente Michael, à época réu preso, que não foi conduzido pelo Poder Público, em que pese ter havido a devida requisição.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão e, no mérito, a nulidade do processo, a partir da referida audiência, com a realização de toda a atividade instrutória desde então, com a presença do paciente Michael.

Instrui a inicial com alguns documentos (fls. 9 a 44), sendo indeferida a tutela de urgência (fls. 48) e prestadas as informações pela autoridade impetrada (fls. 55 a 57), oportunidade em que acostou cópia de diversas peças processuais (fls. 58 a 195).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 154.402 - SP (2009/0228007-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, da detida análise dos autos, constata-se que os pacientes foram denunciados, nos autos da Ação Penal nº 309.01.2007.039072-0, da 2ª Vara Criminal da comarca de Jundiaí/SP, como incurso nas penas do art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

Superadas as demais fases processuais, sobreveio sentença condenando o paciente Cleyton, nos exatos termos da exordial acusatória, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa e absolvendo o paciente Michael das imputações constantes da denúncia, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Contra a mencionada decisão, a defesa e o *Parquet* interuseram recurso de apelação criminal, tendo a Sexta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dado parcial provimento ao reclamo defensivo para reduzir a pena do paciente Cleyton para 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e ao pagamento de 14 (catorze) dias-multa, e dado provimento ao apelo ministerial para condenar o paciente Michael à pena de 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, por violação ao disposto no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

Por meio do presente *writ*, busca o impetrante a nulidade do processo a partir da audiência de oitiva de testemunhas ao argumento de que o referido ato foi realizado sem a presença do paciente Michael, à época réu preso, que não foi conduzido pelo Poder Público, em que pese ter havido a devida requisição.

Sobre o tema, consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento no sentido de que a ausência física do denunciado em audiência de oitiva de testemunhas, na qual compareceu o seu defensor, somente é causa de nulidade processual se restar comprovadamente demonstrado o prejuízo oriundo da sua não requisição ao ato, ou seja, cuida-se de nulidade relativa.

Nesse vértice vide o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. ART. 12 DA LEI 6368/76. FALTA DE ALEGAÇÕES PRELIMINARES. NOMEAÇÃO AD HOC NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA.

"[...].

Não é obrigatória a presença do réu na audiência de instrução, o que pode apenas configurar nulidade relativa que depende de arguição em tempo oportuno com a demonstração do dano efetivamente sofrido (arts. 500 e 571, inciso II, do CPP).

"[...].

"Ordem denegada" (HC nº 83.409/SP, rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 2-3-2004, publicado no DJ de 26-3-2004, p. 24).

Esta Corte de Justiça, em caso análogo, já decidiu:

"HABEAS CORPUS. PRESENÇA DO RÉU ÀS AUDIÊNCIAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PROVA DA AUTORIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA IDONEAMENTE FUNDAMENTADA. ANÁLISE INVIÁVEL NA VIA ELEITA. FRAGILIDADE DA DEFESA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

"1. Não demonstrada a necessidade concreta de presença do réu às audiências de instrução, que, em sua maior parte, foram realizadas por meio de carta precatória – ocorridas há, aproximadamente, 7 anos, sem que houvesse nenhuma manifestação sobre a suposta nulidade, estando em todas elas assistido pela defesa técnica – não há constrangimento ilegal a ser sanado.

"2. 'A presença de réu preso em audiência de inquirição de testemunhas, embora recomendável, não é indispensável para a validade do ato, consubstanciando-se em nulidade relativa. Faz-se, pois, necessária, a efetiva demonstração de prejuízo à defesa, principalmente se o ato processual se realiza em local diverso do da segregação do acusado' (HC 51.263/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 29/10/07).

"[...].

"4. Desempenhada satisfatoriamente a defesa do paciente, não há falar em fragilidade da defesa por não terem sido feitas reperguntas às testemunhas.

"5. Ordem denegada" (HC nº 92.077/SP, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 5-6-2008, publicado no DJe de 4-8-2008).

A colenda Sexta Turma não discrepa, veja-se:

"HABEAS CORPUS. ROUBO. FALTA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE OUVIDA DE TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA [...].

"1. A teor da jurisprudência desta Corte, a realização de ato da instrução criminal sem a presença do réu não é causa de nulidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absoluta, já que seu comparecimento, conquanto conveniente, não é indispensável, devendo eventual nulidade relativa ser argüida pela parte em momento oportuno, sob pena de preclusão.

"[...] (HC nº 106.704/SP, rel. Min. PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, julgado em 2-12-2008, publicado no DJe de 2-3-2009).

Seguindo a mesma direção cita-se:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. RECEPÇÃO E POSSE ILEGAL DE ARMA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO SEM A PRESENÇA DO DENUNCIADO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO PRESERVADOS [...].

"1. A presença de réu preso em audiência de inquirição de testemunhas, embora recomendável, não é indispensável para a validade do ato, consubstanciando-se em nulidade relativa. Faz-se, pois, necessária, a efetiva demonstração de prejuízo à defesa, principalmente se o ato processual se realiza em local diverso do da segregação do acusado.

"[...] (HC nº 78.760/SP, relª Minª LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 20-11-2007, publicado no DJ de 17-12-2007, p. 248).

Por fim colaciona-se:

"PROCESSUAL PENAL. RÉU PRESO. AUSÊNCIA DE REQUISIÇÃO. AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA.

"Em se tratando de réu preso, a falta de requisição para o comparecimento a audiência de oitiva de testemunhas realizada em outra comarca não se faz necessária, bastando que se intime o defensor da expedição da carta precatória. Precedentes.

"Recurso desprovido" (RHC nº 10.322/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 3-10-2000, publicado no DJ de 30-10-2000, p. 168).

A respeito do tema, aliás, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, após tecer diversas considerações quanto às hipóteses em que efetivamente a presença do acusado na audiência de inquirição de testemunhas é imprescindível, ressalta que a *"ausência do réu na audiência do juízo deprecado, pois, para nós, pode constituir-se nulidade relativa, que depende da demonstração efetiva do prejuízo"* (Código de processo penal comentado. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 471).

E no caso em apreço, da documentação que instrui a inicial, especialmente da ata da audiência de oitiva da vítima Raquel realizada no juízo deprecado em 2-9-2008 (fls.17), observa-se que o paciente Cleyton estava presente na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realização do ato, circunstância que afasta o constrangimento ilegal aventado quanto a ele.

Assim, eventual nulidade do ato somente se aproveitaria ao paciente Michael, entretanto, em que pese este não estivesse presente na realização da audiência, a Defensora Pública Renata Simões Stabile Bucceroni compareceu à oitiva da vítima, preservando, assim, os interesses daquele (fls. 72 e 73).

Até porque, verifica-se que o impetrante cingiu-se a ventilar que o feito é nulo e que houve o cerceamento de defesa, sem apontar, objetivamente, quais foram os prejuízos suportados pelo paciente Michael. Assim, não logrou a defesa demonstrar a ocorrência efetiva de prejuízo em decorrência do não comparecimento do paciente ao ato, olvidando-se do brocado *pas de nullité sans grief* positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo e, consoante exposto, não se constata o cerceamento aventado, a ponto de invalidar-se a instrução criminal.

A propósito, MAGALHÃES NORONHA observa:

"O princípio básico do Código é enunciado logo de início no título referente às nulidades: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa' (art. 563). É o pas de nullité sans grief. Não existe nulidade desde que da preterição legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Este inexistente quando foi alcançado o fim que a lei tem em vista. Tanto ele pode ocorrer em relação ao acusador, como ao acusado ou à Justiça.

"Não é ele, em regra, presumível, demonstra-se.

"A razão ou fundamento desse princípio é natural e fácil de encontrar-se: é que a decretação da nulidade - lembrando-nos agora da aplicação da pena - é um mal, devendo, então, reservar-se para aqueles casos em que realmente legítimos interesses das partes ou da Justiça foram lesados.

"A demonstração do prejuízo faz-se pelo raciocínio ou pelos meios ordinários de prova. A demonstração por aquele dispensa estes, pois trata-se, então, de fato notório e evidente. Na maior parte das vezes é ele demonstrado por essa forma, isto é, pelo raciocínio. Quando assim não aconteça, incumbe ao prejudicado a demonstração do prejuízo, pelos meios usuais de prova: testemunhas, documentos, exames etc." (Curso de direito processual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal. 26ª ed. Saraiva: São Paulo, p. 440).

Nesse diapasão colaciona-se desta colenda Turma:

"HABEAS CORPUS [...] NULIDADE [...] PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

"[...].

"[...] no cenário das nulidades, vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo (art. 563 do CPP), o que não restou demonstrado na hipótese. Incidência da Súmula 523/STF: 'No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu'. "3. Ordem denegada" (HC nº 85.442/SP, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 20-11-2007, publicado no DJ de 10-12-2007, p. 410).

Portanto, tendo o paciente Cleyton comparecido à audiência de oitiva de testemunhas e, tratando-se de eiva relativa, não restando comprovada a ocorrência de prejuízo ante a ausência do paciente Michael no ato, impossível anular-se o processo como almejado.

Ante o exposto, **denega-se a ordem.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0228007-0

HC 154.402 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14282007 3090120070390720 990090260491

EM MESA

JULGADO: 24/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEYTON BORGES DE OLIVEIRA
PACIENTE : MICHAEL DA SILVA PEREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.