



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 318.219 - SP (2015/0048925-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LIVIA CORREIA TINOCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS SANTANA SOARES

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. CARTA PRECATÓRIA. OITIVA DA VÍTIMA. RÉU PRESO. DIREITO DE PRESENÇA. DIREITO QUE NÃO É ABSOLUTO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 3. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa, o que não ficou demonstrado no caso dos autos.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de junho de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 318.219 - SP (2015/0048925-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LIVIA CORREIA TINOCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS SANTANA SOARES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCOS SANTANA SOARES apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual se negou provimento, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 61):

Apelação. Preliminar de nulidade por cerceamento rejeitada. Crime de roubo majorado. Prova suficiente para manutenção da condenação. Sanção penal aplicada com correção. Não provimento ao recurso.

No presente *mandamus*, aponta a impetrante, em síntese, nulidade do feito em razão da ausência do paciente na audiência de oitiva da vítima. Sustenta que apesar de o paciente estar preso, o Estado possui obrigação de providenciar os meios necessários para que possa comparecer à audiência. Conclui que, ausente o paciente, não por sua omissão, mas por desídia do Estado, o ato processual não deve ser realizado, em respeito ao pleno exercício da defesa.

Requer, inclusive liminarmente, a nulidade do feito a partir da oitiva do representante da vítima e o consequente relaxamento da prisão do paciente.

A liminar foi indeferida, às e-STJ fls. 70/71, pelo então Relator, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), as informações foram prestadas às e-STJ fls. 81/109 e 111/119, e o Ministério Público Federal manifestou-se, às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e-STJ fls. 131/134, pelo não conhecimento do *habeas corpus*, nos seguintes termos:

PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO. OITIVA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DO RÉU ORA PACIENTE. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AO ATO. FALTA DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRINCÍPIO PAS DE NULITÉ SANS GRIEF. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NO STF E STJ. EXPEDIÇÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE A JUSTIFICAR O ATO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 318.219 - SP (2015/0048925-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio.

Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício, analisando-se, dessa forma, o mérito da impetração, conforme determinado pelo Supremo Tribunal Federal.

No presente *mandamus*, visa a impetrante, em síntese, anular a ação penal, a partir da audiência de oitiva da vítima, uma vez que não foi providenciada a condução do paciente, o que, a seu ver, gerou cerceamento de defesa. Contudo, a irresignação não merece prosperar.

Como é cediço, o direito de presença é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo, portanto, legítima sua restrição nos casos em que a presença do réu puder causar humilhação, temor ou sério constrangimento às testemunhas ou vítimas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primando-se, assim, pelo direito fundamental destas à vida, à segurança, à intimidade e à liberdade de declarar.

Ao ensejo, transcrevo o art. 217 do Código de Processo Penal, que disciplina a situação acima retratada:

***Art. 217.** Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.*

***Parágrafo único.** A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.*

Destaco, outrossim, que nos casos em que o réu se encontra preso em outra unidade da Federação, conforme se verifica ser o caso dos autos, há precedentes no sentido de que deve ser preservado seu direito de comparecer, assistir e presenciar os atos processuais. Em sentido contrário, entretanto, em julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal, tem se "entendido que a alegação de necessidade da presença do réu em audiências deprecadas, estando ele preso, configura nulidade relativa, devendo-se comprovar a oportuna requisição e também a presença de efetivo prejuízo à defesa. Assim, caso o pedido seja indeferido motivadamente pelo magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, em especial diante da periculosidade do réu, **e da ausência de efetivo prejuízo**, não há se falar em nulidade do feito" (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2015. p. 60/61).

Ao ensejo:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL JULGADO PROCEDENTE. VIOLAÇÃO DA SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DO ACUSADO PRESO À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA. EXPEDIÇÃO DE REQUISIÇÃO PELO JUÍZO PROCESSANTE. CONCORDÂNCIA DA DEFESA NA REALIZAÇÃO DO ATO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Não cabe a esta Corte, em sede de habeas corpus, rever o preenchimento ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III), salvo em hipótese de flagrante ilegalidade, o que não se verifica nos autos. Precedentes. 2. A ausência do paciente na audiência de oitiva de testemunhas não constitui nulidade de modo a comprometer os atos processuais, na medida em que, além de o paciente não ter manifestado a intenção de comparecer ao ato processual, houve expressa dispensa por parte do advogado (cf. RE 602.543-QO-RG, Pleno, DJe de 26/2/2010). 3. Ademais, o reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à defesa técnica. Vale dizer, o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o acusado. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional. Precedentes. 4. Na espécie, entretanto, a impetrante sequer indicou de que modo a renovação dos atos instrutórios poderia beneficiar o paciente, limitando-se a tecer considerações genéricas sobre o princípio do devido processo legal. Caso a parte se considerasse prejudicada em seu direito, poderia ter se manifestado em audiência ou em preliminar de alegações finais, o que não ocorreu. 5. Ordem denegada. (HC 119372, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, processo eletrônico DJe-019, divulgado em 1º/02/2016, publicado em 02/02/2016).

No mesmo sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS SEM A PRESENÇA DOS ACUSADOS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO. NÃO DEMONSTRADO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC. POSSIBILIDADE. 1. É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a presença do réu na audiência de instrução, conquanto conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa, em observância ao princípio pas de nullité sans grief, disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal (HC n. 103.963/SC, Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 3/2/2012) (AgRg no HC 319.635/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 10/09/2015). 2. Nomeado defensor ad hoc, não há falar em efetivo prejuízo à Defesa. 3. A ausência de intimação pessoal do réu para a audiência de oitiva da testemunha de acusação, determinada pelo próprio Juízo, não gera nulidade, se o seu defensor foi intimado em audiência e dispôs de tempo suficiente para localização do réu e formulação de perguntas (REsp 601.106/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

29/08/2005). 4. Os ditames da boa-fé objetiva, especificamente, o tu quoque, encontra ressonância no artigo 565 do Código de Processo Penal, ao dispor que não cabe a arguição de nulidade pela própria parte que lhe deu causa ou que tenha concorrido para a sua existência (RHC 63.622/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22/10/2015). 5. Recurso ordinário improvido. (RHC 51.017/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 21/03/2016).

No caso dos autos, consta do acórdão impugnado que a defesa não se insurgiu nem requereu tempestivamente a presença do réu na audiência de oitiva da vítima no juízo deprecado, não se descurando, outrossim, de demonstrar eventual prejuízo acarretado pelo seu não comparecimento.

Com efeito, não se demonstrou em que medida o comparecimento do paciente poderia ter repercutido de forma positiva na sua situação processual. Reitero, assim, não verificar prejuízo na situação retratada nos autos, o que impede o reconhecimento de eventual nulidade. Como é cediço, a moderna processualística não admite o reconhecimento de nulidade que não tenha acarretado prejuízo à parte. Não se admite a forma pela forma.

No mesmo sentido:

Admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça. (HC 117952/PB, Relator o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 28/06/2010).

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0048925-1

HC 318.219 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 08023287020098260577 15542009 577098023286 8023287020098260577

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LIVIA CORREIA TINOCO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARCOS SANTANA SOARES

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.