



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 451.792 - SP (2018/0125316-5)

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : SAMUEL BORGES DOMINGUES (PRESO)

### EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. NULIDADE. NÃO PRESENÇA DO ACUSADO NA OITIVA DA VÍTIMA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. PRECLUSÃO. VÍCIO NÃO ALEGADO EM MOMENTO OPORTUNO. ORDEM DENEGADA.

1. É relativa a nulidade pela falta de requisição do réu preso para a audiência de oitiva da vítima realizada no juízo deprecado, para cujo reconhecimento é imprescindível a comprovação da ocorrência de prejuízo, haja vista prevalecer no processo penal o princípio *pas de nullité sans grief*, assentado no artigo 563 do Código de Processo Penal.

2. Na espécie, a defesa concordou com a oitiva da vítima sem a presença do réu, não podendo, nesta alçada, alegar a nulidade do feito, o que significaria incorrer em violação ao princípio da boa-fé processual, mais especificamente em infringência ao brocardo do *venire contra factum proprium* ou vedação ao comportamento contraditório.

3. Ademais, está assentado nos autos que o apelante fora devidamente representado por seu defensor quando da realização do ato processual, omitindo-se em relação à nulidade aventada nesta impetração, a incorrer em preclusão temporal. Não bastasse, requerida uma nova oitiva da vítima e restando frustrado o cumprimento da carta precatória, o causídico houve por bem desistir do refazimento da diligência, sendo inviável agora, exigir a anulação do processo.

4. Ao contrário do que asseverado pela defesa, a condenação encontra-se lastreada não apenas na palavra da vítima, mas também nas investigações e nos depoimentos dos investigadores de polícia. Para além disso, a desconstituição do édito implicaria revolvimento do arcabouço fático-probatório, providência incabível no veio restrito e mandamental do *habeas corpus*.

5. Ordem denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 21 de junho de 2018(Data do julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 451.792 - SP (2018/0125316-5)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : SAMUEL BORGES DOMINGUES (PRESO)

### RELATÓRIO

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de SAMUEL BORGES DOMINGUES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em razão do acórdão proferido na Apelação Criminal 0000488-03.2015.8.26.0495, assim ementado (fl. 49):

**ROUBO CIRCUNSTANCIADO.** Recurso defensivo. Preliminar de nulidade. Oitiva da vítima sem a presença do Apelante com expressa concordância da defesa. Inteligência do CPP, art. 565. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas. Manutenção das causas de aumento porque devidamente comprovadas, com redução do *quantum* de incremento. Reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, compensando-a com a reincidência. Precedente do STJ. Penas diminuídas. Preservação do regime fechado. Parcial provimento, com expedição, após o esgotamento dos recursos ordinários, de mandado de prisão.

Nesta via, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo sustenta a nulidade do processo a partir da audiência de oitiva da vítima.

Afirma que "o paciente, que na época se encontrava preso no CDP de Praia Grande/SP, em virtude de outro processo, não foi conduzido para acompanhar o depoimento da vítima por carta precatória e, em razão disso, configura-se a nulidade do ato por cerceamento de defesa".

Trata-se, segundo a impetrante, "de nulidade insanável, decorrendo seu prejuízo da impossibilidade do réu de exercer seu direito de autodefesa. Despiciendo dizer a importância da participação do acusado no momento da colheita de provas, em especial da principal prova oral a lhe incriminar".

Aduz - assim como fez nos memoriais e na apelação - que a única "prova" que incriminaria o réu, ora paciente, não foi constituída sob o pálio do devido processo legal, constituindo direta afronta ao art. 155 do CPP. Assim sendo, "é inválida a fundamentação da decisão condenatória em prova constituída fora do contraditório judicial".



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer a concessão de liminar para obstar a ordem de prisão até decisão definitiva no presente *habeas corpus*. No mérito, pugna pela absolvição do paciente, haja vista a ausência de qualquer prova incriminatória produzida sob o crivo do contraditório. Subsidiariamente, pede o reconhecimento da nulidade absoluta desde a audiência realizada no juízo deprecado.

Liminar indeferida às fls. 62/63.

Informações prestadas às fls. 68/77.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração (fls. 80/82).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 451.792 - SP (2018/0125316-5)

### EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. NULIDADE. NÃO PRESENÇA DO ACUSADO NA OITIVA DA VÍTIMA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. PRECLUSÃO. VÍCIO NÃO ALEGADO EM MOMENTO OPORTUNO. ORDEM DENEGADA.

1. É relativa a nulidade pela falta de requisição do réu preso para a audiência de oitiva da vítima realizada no juízo deprecado, para cujo reconhecimento é imprescindível a comprovação da ocorrência de prejuízo, haja vista prevalecer no processo penal o princípio *pas de nullité sans grief*, assentado no artigo 563 do Código de Processo Penal.

2. Na espécie, a defesa concordou com a oitiva da vítima sem a presença do réu, não podendo, nesta alçada, alegar a nulidade do feito, o que significaria incorrer em violação ao princípio da boa-fé processual, mais especificamente em infringência ao brocardo do *venire contra factum proprium* ou vedação ao comportamento contraditório.

3. Ademais, está assentado nos autos que o apelante fora devidamente representado por seu defensor quando da realização do ato processual, omitindo-se em relação à nulidade aventada nesta impetração, a incorrer em preclusão temporal. Não bastasse, requerida uma nova oitiva da vítima e restando frustrado o cumprimento da carta precatória, o causídico houve por bem desistir do refazimento da diligência, sendo inviável agora, exigir a anulação do processo.

4. Ao contrário do que asseverado pela defesa, a condenação encontra-se lastreada não apenas na palavra da vítima, mas também nas investigações e nos depoimentos dos investigadores de polícia. Para além disso, a desconstituição do édito implicaria revolvimento do arcabouço fático-probatório, providência incabível no veio restrito e mandamental do *habeas corpus*.

5. Ordem denegada.

### VOTO

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

A controvérsia jurídica cinge-se a saber, inicialmente, se a ausência do réu na audiência de oitiva da vítima caracteriza nulidade a macular a condenação.

Sobre o ponto, o aresto objurgado consignou:

Conforme se denota dos autos, às fls. 82, a Defesa concordou com a oitiva da vítima sem a presença do Apelante. Posteriormente, a pedido da própria, foi expedida Carta Precatória para que a vítima fosse novamente



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ouvida e realizasse o ato de reconhecimento; todavia, foi devolvida sem o devido cumprimento.

Instada a se manifestar, a Defesa desistiu de forma expressa da nova oitiva (fls. 148).

Ora, não é possível a Defesa arguir suposta nulidade a que deu causa (CPP, art. 565). E, mesmo que assim não fosse, a oitiva da vítima sem a presença do Apelante não influiu na apuração da verdade real, porquanto o Apelante foi devidamente representado por seu defensor, de forma que não há que se falar em qualquer ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa.

É relativa a nulidade pela falta de requisição do réu preso para a audiência de oitiva da vítima realizada no juízo deprecado, para cujo reconhecimento é imprescindível a comprovação da ocorrência de prejuízo, haja vista prevalecer no processo penal o princípio *pas de nullité sans grief*, assentado no artigo 563 do Código de Processo Penal.

Na espécie, conforme bem apontando pelo Sodalício local, a defesa, num primeiro instante, concordou com a oitiva da vítima sem a presença do réu, não podendo, nesta alçada, alegar a nulidade do feito, o que significaria incorrer em violação ao princípio da boa-fé processual, mais especificamente em infringência ao brocardo do *venire contra factum proprium* ou vedação ao comportamento contraditório.

Lado outro, está assentado nos autos que o apelante fora devidamente representado por seu defensor quando da realização do ato processual, omitindo-se em relação à suposta nulidade aventada nesta impetração.

Não bastasse, requerida nova oitiva da vítima e restando frustrado o cumprimento da carta precatória, o causídico houve por bem desistir do refazimento da diligência, sendo inviável agora, exigir a anulação do processo.

Ao ensejo, confirmam-se os seguintes arestos:

PROCESSUAL PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL (TENTADO). NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. OMISSÕES. NÃO DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRECLUSÃO. OITIVA DA VÍTIMA. JUÍZO DEPRECADO. REQUISIÇÃO. RÉU PRESO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. TENTATIVA IMPERFEITA. RECONHECIMENTO. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. INCOMPATIBILIDADE. AFASTAMENTO. DETRAÇÃO. TEMA NÃO APRECIADO NAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Não há nulidade processual quando, a despeito de supostas omissões da sentença condenatória, a parte não opõe embargos de declaração, meio idôneo a sanar vícios desta estirpe, acarretando a preclusão.

**2. Constitui nulidade relativa a falta de requisição do réu preso para a audiência de oitiva da vítima realizada no juízo deprecado, para**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**cujo reconhecimento é imprescindível a comprovação da ocorrência de prejuízo, o que não ocorreu no caso concreto.**

3. Reconhecida a tentativa imperfeita, afasta-se, ainda que implicitamente, o instituto da desistência voluntária, uma vez que se o agente não esgota os meios de execução por circunstâncias alheias a sua vontade, por óbvio, não há se falar em ato livre de coação física ou moral ao deixar de prosseguir com os demais atos necessários há consumação, requisito necessário ao reconhecimento da desistência. No caso, as instâncias de origem registraram que o agente somente deixou de prosseguir com o iter criminis devido à aglomeração de clientes presentes no estabelecimento comercial e à impossibilidade de a funcionária da empresa vítima abrir o caixa sem a presença de seu supervisor. Para alterar tal conclusão seria preciso revolver o arcabouço fático-probatório, providência incabível no veio restrito e mandamental do habeas corpus.

4. A tese referente a aplicação do instituto da detração penal não foi enfrentada pelas instâncias de origem, impedindo a análise da matéria diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existe circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o paciente é reincidente.

6. Ordem denegada.

(HC 391.987/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/2006 E ARTS. 12 E 14 DA LEI N. 10.826/2003. AUDIÊNCIAS DE OITIVA DE TESTEMUNHAS E INTERROGATÓRIO DE CORRÉU. EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. INTIMAÇÃO PELO JUÍZO DEPRECADO QUANTO À DATA DOS ATOS PROCESSUAIS. REQUISIÇÃO. RÉU PRESO. DIREITO ABSOLUTO DE PRESENÇA. INEXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. COLIDÊNCIA DE DEFESAS. NOMEAÇÃO DE UM ÚNICO DEFENSOR DATIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PROCEDIMENTO ESPECIAL PREVISTO NOS ARTIGOS 55 E SEQUINTE DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NOVO ENTENDIMENTO DO STF (HC N. 127.900). ARTIGO 400 DO CPP. PRIMAZIA DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CONFIGURAÇÃO. COMPLEXIDADE DA CAUSA. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ARTIGO 319 DO CPP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a ausência de intimação da defesa da expedição de carta precatória para inquirição de testemunhas e interrogatório de corréu é causa de nulidade relativa, o que impõe sua arguição em momento oportuno e a demonstração de efetivo prejuízo, o que, entretanto, não ocorreu no caso em apreço (HC 340.327/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 10/03/2016). No caso, inexistente prejuízo quanto à ausência de intimação do advogado constituído pelo recorrente quanto à expedição



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da carta precatória, pois, conforme assentado no acórdão recorrido, a despeito da inexistência daquela, o causídico foi devidamente intimado quanto à data em que os próprios atos processuais ocorreriam no Juízo deprecado.

2. A alegação de nulidade relativa após mais de dois anos da prática do ato processual, demonstra a preclusão do tema. Precedentes.

**3. 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 e arguição em momento oportuno, o que não ocorreu no caso dos autos.**

4. A colidência de defesas só está configurada quando um réu atribui ao outro a prática criminosa que, por sua natureza, só pode ser imputada a um único acusado, de modo que a condenação de um ensejará, obrigatoriamente, a absolvição do outro, ou quando o delito tenha sido praticado de maneira que a culpa de um réu exclua a do outro. Não sendo tais situações analisadas pela Corte de origem, inviável o seu exame direto por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

5. O Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, no julgamento do HC n. 127.900/AM, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 3/3/2016, e publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 3/8/2016, ressaltou que a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o artigo 400 do CPP, é aplicável no âmbito dos procedimentos especiais, preponderando o princípio da ampla defesa sobre o princípio interpretativo da especialidade. Assim, em procedimentos ligados à Lei Antitóxicos, o interrogatório, igualmente, deve ser o último ato da instrução, observando-se que referido entendimento será aplicável a partir da publicação da ata de julgamento às instruções não encerradas.

6. No caso, o Juiz de primeiro grau determinou que fosse observado o procedimento insculpido no artigo 400 do CPP, priorizando o princípio da ampla defesa, o que afasta qualquer nulidade, seja pela ausência de prejuízo pois aplicável norma mais benéfica ao réu, seja porque observado o procedimento tido como correto para o caso.

7. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.

93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

8. Na hipótese, havendo prova da materialidade do delito e indícios de autoria, justifica-se a prisão preventiva para garantia da ordem pública. O paciente responde a diversas outras ações penais por crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, sendo, inclusive alguns, relacionados ao crime de tráfico de drogas.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a existência de ações penais em curso, ainda que sem o trânsito em julgado, pode autorizar a prisão preventiva para garantia da ordem pública, à luz das peculiaridades do caso concreto, consubstanciando forte indicativo de dedicação à atividades criminosas.

10. O constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto.

11. No caso, a ação penal apresenta certa complexidade, em virtude da quantidade de réus e de crimes em apuração, bem como diante da necessidade de expedição de cartas precatórias, mas vem se desenvolvendo de forma regular, sem desídia do Juiz processante, que tem proferido decisões e dado impulso ao feito de forma tempestiva, não havendo como reconhecer, por ora, qualquer excesso de prazo que justifique a concessão da ordem, de ofício, por esta Corte.

12. A suficiência de imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do CPP, não foram objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, o que impede sua análise direta por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

13. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.

(RHC 39.287/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017)

No mais, não há se falar em condenação carente de provas sob o argumento de que lastreada, unicamente, no depoimento da vítima. Segundo se colhe dos autos, a palavra da vítima encontra-se associada ao depoimento dos investigadores de polícia, os quais, após lavrarem Boletim de Ocorrência, prenderam o paciente por cometer outro crime idêntico, também contra taxista, procedendo ao reconhecimento, que restou positivo. Para além disso, a desconstituição do édito demanda o revolvimento do arcabouço fático-probatório, providência incompatível com o veio restrito e mandamental do *habeas corpus*.

Não diviso patente ilegalidade.

Ante o exposto, **denego a ordem**.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0125316-5

**HC 451.792 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004880320158260495 20180000066698 4880320158260495

EM MESA

JULGADO: 21/06/2018

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
MENESIO PINTO CUNHA JUNIOR - SP149434  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : SAMUEL BORGES DOMINGUES (PRESO)

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

#### **CERTIDÃO**

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

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.