



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 126.143 - SP (2009/0007229-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : **FABIANA CAMARGO MIRANDA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **WILLIAN MIRANDA DE OLIVEIRA**

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUDIÊNCIA DE INQUIRição DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO RÉU. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR *AD HOC*. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, recurso especial ou de revisão criminal ressalvando, entretanto, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de evidente constrangimento ilegal.
2. Não há falar em nulidade ou violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pela ausência do réu na audiência de inquirição das testemunhas, uma vez nomeado defensor *ad hoc* para o ato processual.
3. A anulação do processo, em face da ausência do réu na inquirição de testemunhas, depende da comprovação de prejuízo causado à defesa, por se tratar de nulidade relativa.
4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 126.143 - SP (2009/0007229-0)

RELATÓRIO

MINISTRO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Fabiana Camargo Miranda, Defensora Pública do Estado de São Paulo, em favor de Willian Miranda de Oliveira, pleiteando o reconhecimento de nulidade do processo, em razão da ausência do réu na audiência de oitiva de testemunha.

O paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 11 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, II e V, do Código Penal.

A impetrante sustenta, em síntese, a nulidade absoluta do feito, a partir da audiência de oitiva de testemunha, por ter sido "descumprida formalidade essencial ao ato, com inegável prejuízo para a defesa, já que não pôde o paciente participar da audiência de instrução, em que foi colhida a prova oral consistente na oitiva da vítima em Juízo" (fl. 3).

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora às fls. 67/69, acompanhada dos documentos de fls. 70/196.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer, às fls. 198/203, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 126.143 - SP (2009/0007229-0)

VOTO

MINISTRO GURGEL DE FARIA(Relator):

Inicialmente, cumpre registrar que o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, recurso especial ou de revisão criminal ressaltando, entretanto, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de evidente constrangimento ilegal.

Postula a impetrante a nulidade absoluta do processo, pela ausência do réu na audiência de inquirição de testemunha.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 14 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, II e V, do Código Penal.

Em sede de apelação, o Tribunal Paulista afastou a preliminar de nulidade e confirmou a condenação, dando parcial provimento ao apelo defensivo apenas para reduzir a reprimenda para 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 11 dias-multa (fls. 51/60).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à alegada nulidade, o Tribunal *a quo* concluiu (fls. 53/54):

Com efeito, como bem anotado pelo douto Procurador de Justiça, 'tratando-se de ato fora do distrito da culpa, não há que se falar em apresentação de réu preso. Portanto, não há se falar em nulidade" (fls. 315), observando-se que do referido ato foram as partes devidamente intimadas (fls. 58).

(...)

Ademais, não restou demonstrado o efetivo prejuízo causado pela ausência do apelante no ato, mormente considerando-se que em seu interrogatório, apesar de negar a autoria criminosa, admitiu que na data dos fatos estava na companhia das vítimas. Além do que, tendo em vista o não comparecimento do digno defensor, muito embora ciente da expedição da carta precatória para a oitiva da vítima (fls. 67), o réu foi assistido por defensor *ad hoc* (fls. 76).

De fato, o não comparecimento do réu à audiência de oitiva de testemunhas, desde que nomeado defensor dativo à realização do ato, constitui nulidade relativa, motivo pelo qual deve ser suscitada em momento oportuno, qual seja, até as alegações finais à sentença (art. 571, inciso II, do CPP), sob pena de preclusão, o que ocorreu à espécie.

Por outro lado, embora não tenha participado da audiência, o paciente foi assistido por defensor *ad hoc*. Desse modo, não há falar em nulidade do ato ou violação aos princípios de devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que exercida de maneira plena, pelo seu patrono.

Ademais, por se tratar de nulidade relativa, a anulação do processo em face da ausência do réu na inquirição de testemunhas depende da comprovação de prejuízo causado à defesa, conforme preceitua o enunciado sumular 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".

Nesse sentido, já se pronunciaram as Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça. Confirmam-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA APÓS A RETRATAÇÃO PELO MAGISTRADO A DECISÃO QUE ANULAVA O PROCESSO A PARTIR DA AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS DA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER PROVA NOVA APÓS A RECONSIDERAÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL QUE SE CONSTITUÍA, NA VERDADE, EM MERA IRREGULARIDADE, POIS A PRESENÇA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA É PRESCINDÍVEL E, PARA O SEU RECONHECIMENTO, EXIGE A COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PLEITO DE APELAR EM LIBERDADE PREJUDICADO EM RAZÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO.

1. Quanto à alegação de cerceamento de defesa, impende dizer que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

retratação do juízo processante não ensejou qualquer prejuízo ao réu, pois, ao contrário do que se sustenta, não foi acrescida aos autos nova prova. Após, a retratação da decisão que anulava o processo, este tão-somente foi concluso para a prolação de sentença, não havendo, portanto, a produção de qualquer prova após a retratação do juízo.

2. A alegação, outrossim, de que ausência do réu durante a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, não implica, também, na nulidade da ação penal, pois se trata de nulidade relativa, ou seja, mera irregularidade. Nesse aspecto, cumpre salientar que não foi comprovado pela defesa, tanto na impetração originária quanto nas razões recursais, o prejuízo havido, mormente porque o magistrado, ao tecer o juízo de condenação, não se valeu da prova testemunha produzida naquela audiência.

3. Transitada em julgado a condenação, encontra-se prejudicado o pedido de apelo em liberdade.

4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ, 5ªT, HC 276.555/SC, rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 28/8/14)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO EM AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO REALIZADA NO JUÍZO DEPRECADO. ADVOGADO CONSTITUÍDO PRESENTE AO ATO, CONSENTINDO COM SUA REALIZAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMOSTRADO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

– A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que a presença do réu na audiência de oitiva das testemunhas pode acarretar nulidade relativa, sendo, portanto necessária a demonstração do efetivo prejuízo causado, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

– Assim, não havendo demonstração de qualquer prejuízo concreto à defesa, que atuou ativamente durante toda a instrução do processo, não há de ser reconhecida a alegada nulidade, até mesmo porque, tendo a defesa, no momento da inquirição da alegada testemunha, consentido com a realização do ato, nada questionando sobre a suposta nulidade, operou-se a preclusão da matéria.

Recurso não provido. (STJ, 6ª T, RHC 27.938/MS, rel. Min. Marilza Maynard, (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJ de 14/4/14)

Dessa forma, não demonstrado o prejuízo sofrido pela defesa em função da alegada nulidade, não há falar em constrangimento ilegal a ser reparado.

Ante tais considerações, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0007229-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 126.143 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10160323

16042002

50020768206

9930613111453

EM MESA

JULGADO: 16/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FABIANA CAMARGO MIRANDA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WILLIAN MIRANDA DE OLIVEIRA

CORRÉU : ELSON BORGES

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.