



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.867 - SP (2008/0252780-3)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : TÂNIA CRISTINA OLIVEIRA DOS SANTOS - DEFENSORA
PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULINO NASCIMENTO SOUZA (PRESO)
EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO MAJORADO. AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DAS VÍTIMAS SEM A PRESENÇA DO DENUNCIADO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. PROVA CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A presença de réu preso em audiência de inquirição de testemunhas, embora recomendável, não é imprescindível para a validade do ato, o que se caracteriza em nulidade relativa, cujo reconhecimento impõe a efetiva demonstração de prejuízo.

2. O reconhecimento fotográfico, acompanhado de outras provas, justifica o regular processamento da ação penal e pode servir de elemento de convicção do Juiz. Precedentes.

3. Ordem denegada.

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, em denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de dezembro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.867 - SP (2008/0252780-3)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : TÂNIA CRISTINA OLIVEIRA DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULINO NASCIMENTO SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de PAULINO NASCIMENTO SOUZA, com pedido liminar, contra acórdão proferido pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo defensivo.

Alega a impetrante que o paciente sofre manifesto constrangimento ilegal por parte do Tribunal *a quo*, em virtude do seu não comparecimento à audiência designada para a oitiva das vítimas, o que configura nulidade absoluta do processo por cerceamento de defesa.

Sustenta, ainda, que as vítimas se limitaram a reconhecer o paciente, em juízo, por cópias de fotografias enviadas para a comarca deprecada a fim de instruir a carta precatória.

Requer, pois, a nulidade da oitiva das vítimas e dos que lhes sejam conexos, inclusive a sentença, determinando-se seja realizada nova audiência com a presença do paciente, visando efetuar o ato formal de reconhecimento pessoal e, por consequência, a expedição do alvará de soltura.

O pedido liminar foi indeferido, conforme decisão à e-STJ fl. 165.

O Ministério Público Federal, representado pelo Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO, opinou pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

" HABEAS CORPUS. ROUBO. AÇÃO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INQUIRição DE TESTEMUNHAS POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA. REQUISição DO RÉU. INEXIGIBILIDADE DE SUA APRESENTAÇÃO AO JUÍZO DEPRECADO. RECONHECIMENTO EM JUÍZO POR FOTOGRAFIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. À luz do artigo 222 do Código de Processo Penal, na inquirição de testemunha fora do juízo da causa, não se exige que o réu preso acompanhe a audiência, bastando que as partes sejam intimadas do ato. Precedente.

2. O reconhecimento do réu em juízo por meio de fotografia não acarreta a nulidade do processo quando demonstrada sua participação no crime por outras provas. Precedentes.

3. Parecer por que seja negada a ordem. " (e-STJ fl. 169)

Vieram-me os autos à conclusão, por atribuição, após a minha designação para integrar esta eg. 5ª Turma, em 17.12.10.

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.867 - SP (2008/0252780-3)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : TÂNIA CRISTINA OLIVEIRA DOS SANTOS - DEFENSORA
PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULINO NASCIMENTO SOUZA (PRESO)
EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO MAJORADO. AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DAS VÍTIMAS SEM A PRESENÇA DO DENUNCIADO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. PROVA CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A presença de réu preso em audiência de inquirição de testemunhas, embora recomendável, não é imprescindível para a validade do ato, o que se caracteriza em nulidade relativa, cujo reconhecimento impõe a efetiva demonstração de prejuízo.
2. O reconhecimento fotográfico, acompanhado de outras provas, justifica o regular processamento da ação penal e pode servir de elemento de convicção do Juiz. Precedentes.
3. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.867 - SP (2008/0252780-3)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : TÂNIA CRISTINA OLIVEIRA DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULINO NASCIMENTO SOUZA (PRESO)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Exsurge a controvérsia acerca de apontada nulidade do processo por cerceamento de defesa em virtude da inquirição de testemunhas em comarca diversa, sem a presença do réu preso, bem como pelo seu reconhecimento por fotografia.

O Tribunal *a quo* consignou que os depoimentos foram realizados em outra comarca, por meio de Carta Precatória expedida, e que não se vislumbrou qualquer prejuízo ao paciente a ponto de anular o feito, *"porquanto foram perfeitamente reconhecidos na polícia, pelos funcionários da empresa vítima de cuja versão dos fatos restou corroborada ao restante do acervo probatório."* (fl. 150)

O entendimento desta Corte é firme no sentido de que a presença de réu preso em audiência de inquirição de testemunhas, embora recomendável, não é imprescindível para a validade do ato, o que caracteriza nulidade relativa, cujo reconhecimento impõe a efetiva demonstração de prejuízo, o que não ocorreu no caso concreto.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO MAJORADO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO SEM A PRESENÇA DO DENUNCIADO. NULIDADE RELATIVA. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PRECLUSÃO. NÃO LOCALIZAÇÃO DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO, NO MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO. RÉU CITADO E INTERROGADO. POSTERIOR FUGA DO DISTRITO DA CULPA. NÃO INFORMAÇÃO DO NOVO ENDEREÇO AO JUÍZO PROCESSANTE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA INFORMAR O NOVO ENDEREÇO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SITUAÇÃO PROVOCADA PELO ACUSADO. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que 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, cujo reconhecimento exige a efetiva demonstração de prejuízo à Defesa, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

2. No caso, além de não restar demonstrada a ocorrência de prejuízo concreto à Defesa, não houve nenhuma irresignação sobre a alegada nulidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, impondo-se, portanto, o reconhecimento da preclusão.

3. A Defensora do Paciente foi intimada e compareceu à audiência de inquirição das testemunhas, ocasião em que não suscitou qualquer nulidade, tampouco insurgiu-se contra a não localização das testemunhas. Portanto, deve-se reconhecer a preclusão também dessa alegação, ante a ausência de impugnação no momento processual adequado.

4. O Réu, após o interrogatório, evadiu-se do distrito da culpa, sem informar o novo endereço ao Juízo processante. Assim, não se pode imputar ao Juízo da causa qualquer falha, passível de macular o processo nesse aspecto, pois o Acusado claramente deu causa a tal situação.

5. O pedido de alvará de soltura não pode ser deferido, uma vez que o Paciente se encontra cumprindo pena definitiva e não há motivos para a interrupção da execução da sentença penal condenatória transitada em julgado.

6. Ordem denegada." (HC 187.336/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO ACUSADO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. PROVA CORROBORADA POR OUTROS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

- 1. A presença do réu na audiência de instrução, conquanto conveniente, não é indispensável para a validade do ato, sendo imprescindível para a caracterização da alegada nulidade a demonstração de efetivo prejuízo, não evidenciado no caso.*
- 2. Conquanto não tenha havido o reconhecimento direto do acusado ao longo da instrução criminal, certo é que foi identificado na fase extrajudicial pessoalmente e por meio de fotografia - respeitando-se, aliás, o estabelecido no artigo 226 do Código de Processo Penal, consoante declarado pelo magistrado sentenciante -, tendo tal prova sido corroborada em juízo pelas mesmas vítimas que, de forma segura e uníssona, apontaram o paciente como sendo um dos participantes do crime de que se cuida. Assim, a condenação, ao contrário do que alega o impetrante, não se deu com base exclusivamente no reconhecimento fotográfico do paciente, mas ancorou-se em outros elementos de convicção bastante substanciais, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.*
- 3. Ordem denegada." (HC 80.049/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010)*

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INQUIRIRIÇÃO DE TESTEMUNHA POR FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA E AUSÊNCIA DO RÉU. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. ADVOGADO DEVIDAMENTE INTIMADO PARA O ATO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

- 1. Ao contrário do que afirma a impetração, o Advogado do réu foi devidamente intimado para a audiência de inquirição de testemunhas, inexistindo, assim, qualquer cerceamento de defesa.*
- 2. A presença do réu na audiência de instrução, conquanto conveniente, não é indispensável para a validade do ato, impondo-se a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovação do prejuízo, por se tratar de nulidade relativa. Precedentes do STJ.

3. *Parecer do MPF pela denegação da ordem.*

4. *Ordem denegada."* (HC 124.210/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 08/03/2010)

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OITIVA DE TESTEMUNHA NO JUÍZO DEPRECADO. COMPARECIMENTO DO RÉU PRESO. NÃO EXIGÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA APENAS ARGUIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DE OFÍCIO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. A falta de comparecimento do réu preso para a audiência de inquirição de testemunhas ouvidas em outra comarca é causa de nulidade relativa, passível de preclusão, nos termos da jurisprudência pacífica de ambas as Turmas que julgam matéria penal nesta Superior Instância. Precedentes.

II. In casu, vislumbra-se flagrante constrangimento ilegal na manutenção da custódia cautelar do paciente, preso provisoriamente desde 01.11.2006 e pronunciado em 13.07.2007. Assim, sobressai evidente morosidade processual na conclusão da primeira fase do rito escalonado dos crimes contra a vida.

III. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do relator." (HC 164.875/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 28/02/2011)

Desse modo, conforme consignado pelo Tribunal de origem, não foi demonstrado o efetivo prejuízo, mesmo porque o reconhecimento do réu foi fundado, frise-se, não apenas em fotografias, mas em todo o conjunto probatório dos autos.

Ademais, entrar na seara da demonstração, ou não, do prejuízo, requer um aprofundado exame do conjunto fático, o que é inviável na estreita via do *writ*.

No que diz respeito ao reconhecimento fotográfico, tenho como legítima a condenação do apenado, porquanto baseada não só no aludido reconhecimento como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em outras provas colhidas no processo, sendo suficiente para a convicção acerca da autoria do delito.

Conforme iterativamente decidido por este Superior Tribunal de Justiça, trago à colação os seguintes julgados, *verbis*:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. CONSONÂNCIA COM DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS. CABIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA.

I. A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido da validade do reconhecimento fotográfico, desde que não seja utilizado de forma isolada, mas se coadune com os demais elementos constantes dos autos.

II. As alegações de insuficiência dos indícios de autoria e materialidade são matéria cuja análise requer imersão no conjunto fático-probatório, incabível na via eleita.

III. Evidencia-se o constrangimento ilegal em decisão que decreta a prisão preventiva sem apresentação de fundamentos concretos que demonstrem sua necessidade para a garantia da ordem pública.

IV. Ordem parcialmente conhecida e concedida." (HC 191.503/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011)

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I E II C/C O ART. 14, II, AMBOS DO CPB). PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGAÇÃO DE PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA E EXCESSO DE PRAZO. PLEITOS PREJUDICADOS, POIS JÁ OCORRIDO O TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO QUE JULGOU AS APELAÇÕES DEFENSIVAS, FICANDO MANTIDA A SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NATUREZA DEFINITIVA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO EM JUÍZO E AUSÊNCIA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DA VÍTIMA. NULIDADES RELATIVAS. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. WRIT PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADO.

1. A superveniência do trânsito em julgado do acórdão que julgou as Apelações defensivas torna sem objeto o presente Habeas Corpus, na parte em que se questionava o excesso de prazo para formação da culpa e se alegava o preenchimento pelos pacientes dos requisitos para a concessão de liberdade provisória. Na ocasião, ficou mantida a sentença que condenou ANDRÉ CARVALHO DA SILVA, à pena de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, JOSIVAN SOUZA BOTELHO, à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão e KEDSON AFONSO DOS SANTOS, à pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, todos no regime inicial fechado, por incursos no art. 157, § 2o., II c/c art. 14, II, ambos do CPB.

2. A ausência do representante do Ministério Público na audiência de reconhecimento dos réus constitui nulidade relativa e não tendo sido demonstrado, no caso sub judice, o efetivo prejuízo, não há que se falar em nulidade do feito, mormente porquanto o defensor dos pacientes esteve presente durante a realização do ato, não manifestando qualquer objeção. Ademais, como bem ressaltou o Magistrado sentenciante, os réus poderiam ter-se beneficiado dada a inexistência de reperguntas do órgão acusador.

3. O reconhecimento fotográfico, se acompanhado de outras provas, justifica o regular processamento da ação penal e pode servir de elemento de convicção do Juiz. Precedentes.

4. In casu, a ausência dos réus na audiência de oitiva da vítima, ato requisitado por meio de carta precatória, não gerou qualquer prejuízo à defesa, pois a condenação dos pacientes embasou-se em outros elementos de convicção, como as provas testemunhais e periciais, distintas do simples reconhecimento fotográfico. Ademais, ainda que demonstrado o efetivo prejuízo, isso não acarretaria a nulidade processual, mas mera desconsideração do reconhecimento como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prova.

5. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

6. Habeas Corpus parcialmente prejudicado e, na parte conhecida, denegado." (HC 84.584/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 02/03/2009)

Diante de todo o exposto, torna-se inócuo o pedido de alvará de soltura do paciente.

Assim sendo, não há se falar em ilegalidade perpetrada pelo *decisum* do Tribunal Estadual, que se encontra em harmonia com a orientação desta Corte Superior.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0252780-3

HC 120.867 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11771893 9562006 993071193283

EM MESA

JULGADO: 06/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TÂNIA CRISTINA OLIVEIRA DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : PAULINO NASCIMENTO SOUZA (PRESO)

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 Gilson Dipp, Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.