



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.002.333 - AM
(2016/0274736-2)**

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : RICARDO ALMEIDA DA SILVA
ADVOGADOS : JOSEMAR BERÇOT RODRIGUES - AM005935
JOSEMAR BERCOT RODRIGUES JUNIOR E OUTRO(S) - AM007557
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 564, I, DO CPP. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AFRONTA AO ART. 399, § 2º, DO CPP. ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES. SÚMULA 283/STF. OFENSA AO ART. 399, § 1º, DO CPP. NULIDADE POR AUSÊNCIA DO RÉU À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar, ou desclassificar a imputação feita ao acusado. Incidência da Súmula 7 do STJ.
2. Verificando-se que o v. acórdão recorrido assentou seu entendimento em mais de um fundamento suficiente para manter o julgado, enquanto o recurso especial não abrangeu todos eles, aplica-se, na espécie, o enunciado 283 da Súmula do STF.
3. Nos termos da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, "a falta do acusado na audiência de oitiva das testemunhas constitui nulidade relativa, devendo ser alegada em momento oportuno e comprovado o prejuízo à defesa. (HC 170.817/SP, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, DJe 23/11/2012).
4. Segundo a legislação processual penal em vigor, é imprescindível quando se trata de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, o que não ocorreu na espécie.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.002.333 - AM
(2016/0274736-2)**

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
AGRAVANTE : **RICARDO ALMEIDA DA SILVA**
ADVOGADOS : **JOSEMAR BERÇOT RODRIGUES - AM005935**
: **JOSEMAR BERCOT RODRIGUES JUNIOR E OUTRO(S) -**
: **AM007557**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS**

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental, interposto, por RICARDO ALMEIDA DA SILVA, contra decisão monocrática, de minha lavra, que conheceu do agravo e negou provimento ao recurso especial, nos seguintes termos:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 564, I, DO CPP. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AFRONTA AO ART. 399, § 2º, DO CPP. ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES. SÚMULA 283/STF. OFENSA AO ART. 399, § 1º, DO CPP. NULIDADE POR AUSÊNCIA DO RÉU À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO." (fls. 556/569)

Em seu agravo interno, às fls. 578/585, o agravante alega que "para definição da competência do Juízo para o julgamento da ação penal, não há qualquer necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório. Isto porque a questão é meramente de Direito, sendo, portanto, despicienda a análise de provas. "

Além disso, aponta que "em relação ao segundo fundamento, ou seja, ao princípio da identidade física do juiz, aduziu a E. Ministra que referido princípio somente fora introduzido no ordenamento jurídico pátrio em 2008, ou seja, após o trâmite do processo. Ocorre que, conquanto referido princípio não estivesse previsto formalmente no Código de Processo Penal, já estava há muito tempo previsto na legislação processual civil, a qual era aplicada subsidiariamente na época dos fatos, razão pela qual deveria ter sido observada, sendo direito do acusado ser julgado pelo juiz que colheu as provas.

Por fim, alega que é inegável o prejuízo sofrido pela defesa diante da ausência do acusado na oitiva das testemunhas e pleiteia a prévia intimação a respeito da inclusão em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pauta do presente agravo para fins de sustentação oral.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.002.333 - AM
(2016/0274736-2)**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 564, I, DO CPP. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AFRONTA AO ART. 399, § 2º, DO CPP. ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES. SÚMULA 283/STF. OFENSA AO ART. 399, § 1º, DO CPP. NULIDADE POR AUSÊNCIA DO RÉU À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar, ou desclassificar a imputação feita ao acusado. Incidência da Súmula 7 do STJ.
2. Verificando-se que o v. acórdão recorrido assentou seu entendimento em mais de um fundamento suficiente para manter o julgado, enquanto o recurso especial não abrangeu todos eles, aplica-se, na espécie, o enunciado 283 da Súmula do STF.
3. Nos termos da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, "a falta do acusado na audiência de oitiva das testemunhas constitui nulidade relativa, devendo ser alegada em momento oportuno e comprovado o prejuízo à defesa. (HC 170.817/SP, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, DJe 23/11/2012).
4. Segundo a legislação processual penal em vigor, é imprescindível quando se trata de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, o que não ocorreu na espécie.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, nos termos do explicitado na decisão ora agravada, no que tange à suscitada ofensa ao artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal, ao argumento de que a competência para o feito era do Tribunal do Júri, pois o delito de roubo não era a intenção dos agentes, sem razão o recorrente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, o Tribunal de origem, quanto ao ponto, assim manifestou-se:

"No que pertine à suscitada incompetência do juízo, alega a defesa que a fase processual da persecução criminal em voga, relativa aos crimes de roubo majorado e latrocínio, deveria ter tramitação perante o Tribunal do Júri, visto que o *animus* lesivo do agente direcionava-se diretamente ao bem jurídico vida e não ao patrimônio, tratando-se, portanto, de tentativa de homicídio.

Do modo como esposado tal raciocínio, observa-se que o acolhimento da nulidade arguida tem, inexoravelmente, por condição prejudicial a desclassificação do crime de tentativa de latrocínio imputado ao Apelante para homicídio em sua forma tentada, quaestio de claros contornos meritórios, a ser analisada, portanto, no momento próprio.

(...)

Conforme alhures narrado, quanto ao mérito, sustenta a defesa a negativa de autoria, bem como, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para tentativa de homicídio ou, ainda, roubo qualificado por lesão corporal de natureza grave.

Tais teses, todavia, não guardam procedência.

Do cotejo sistemático do acervo probatório, restam evidenciadas a autoria do Apelante e a materialidade de ambos os crimes que lhe foram imputados.

No que pertine à autoria do crime de roubo majorado, a vítima VALDEMIR SANTOS DA SILVA fora expressa, em sua oitiva de fls. 158, ao endossar o reconhecimento do Recorrente como um dos agentes da empreitada criminoso. Nesse sentido, traslada-se: (...)

Igualmente, a vítima da imputada tentativa de latrocínio, HAIUBE CORDEIRO BONETE JÚNIOR, é taxativa quanto à autoria do Apelante, *verbis*: (...)

O reconhecimento do Recorrente como autor dos delitos em voga fora, de igual modo, objeto de ratificação pela testemunha ocular PAULA RAQUEL DA SILVA NOGUEIRA, ao afirmar que 'pôde perfeitamente visualizar o acusado Ricardo Almeida da Silva segurando uma arma de fogo (...) e que este 'é bastante temido naquele bairro e adjacência por ser uma pessoa perigosa e violenta'.

Favoravelmente ao Recorrente, todavia, consta apenas o teor de seu interrogatório judicial, cujos fatos narrados apresentam completa desarmonia com as demais provas produzidas.

Quanto à capitulação legal das condutas, por sua vez, insurge-se a defesa exclusivamente quanto à tipificação da tentativa de latrocínio, argumentado, ora, tratar-se de tentativa de homicídio, ora, roubo mediante lesão corporal grave.

Consoante o traslado, a violência cometida dera-se como meio de realização da subtração e em grau tal (três disparos contra a vítima, o primeiro atingindo a letal região do tórax) que, ainda que se afaste o dolo direto, resta palmar a completa assunção do risco do resultado morte, o qual não se consumara por questões alheias à vontade do agente. Neste enfoque, entende-se restar atraída a capitulação constante no art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, em sua forma tentada." (fls. 409/416)

Desse modo, verifica-se que o Tribunal *a quo*, soberano na análise das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias fáticas da causa, concluiu restar caracterizado o delito previsto no art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, em sua forma tentada, desclassificar esta conduta para tentativa de homicídio, de forma a atrair a competência do Tribunal do Júri, demandaria, necessariamente, no reexame do conjunto probatório dos autos, o que é vedado nas instâncias excepcionais.

De fato, é assente nesta Corte que "o pedido de desclassificação implica, inevitavelmente, em incursão no arcabouço probatório, o que é inviável na sede eleita, nos termos do que se depreende da leitura do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte". (AgRg no AREsp 60.619/SP, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe 22/02/2012)

Cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar, ou desclassificar a imputação feita ao acusado. Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise das matérias suscitadas pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pelas instâncias anteriores.

De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Com efeito, não se mostra plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal.

No mais, referida vedação encontra respaldo no enunciado nº 7 da súmula desta Corte, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". Confirmam-se, nesse sentido, os precedentes da Corte:

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTREITA DO WRIT. APONTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REDUÇÃO EM PATAMAR ADEQUADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. I - Não se presta o remédio heróico a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, como, no caso, a pretensão de desclassificação do delito de tráfico ilícito de substância entorpecente para o de uso próprio (Precedentes). II - (...). III - (...). Ordem denegada". (HC 166.122/ES, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 20/09/2010).

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO, EM PRIMEIRO GRAU, PELO CRIME DE TRÁFICO. DESCLASSIFICAÇÃO, QUANDO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO, PARA O CRIME DE USO DE DROGAS. PRETENSÃO NO SENTIDO DE QUE SEJA RESTABELECID A SENTENÇA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO, DE OFÍCIO. 1. Se o Tribunal de origem, analisando as provas constantes dos autos, conclui que não há elementos suficientes para sustentar a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, e, em consequência, desclassifica a conduta para o crime de uso de drogas, para se chegar a conclusão diversa seria necessário o reexame de provas, o que encontra óbice na Súmula nº 07 deste Superior Tribunal de Justiça. 2.(...). 3. (...)". (AgRg no REsp 711.830/MG, Rel. Min. CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 19/04/2010).

Além disso, conforme demonstrado no *decisum* monocrático, quanto à sustentada ofensa ao artigo 399, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que houve violação ao princípio da identidade física do Juiz, também sem razão o recorrente, pois o Tribunal de Origem assentou que a instrução do feito ocorreu após a inserção deste princípio na seara processualista penal. Confira-se:

"Relativamente à suposta violação ao princípio do juiz natural e da identidade física do juiz, sustenta a defesa que, distribuído o processo a 3ª Vara Criminal da Comarca de Manaus, a instrução fora toda realizada pelo Juízo da 8ª Vara Criminal, conquanto a sentença tenha sido prolatada pela Juízo da 4ª Vara Penal, face à extinção da sobredita 3ª Vara.

Contrastando-se tais alegações com o iter processual percorrido pelo presente feito, compilado às fls. 117/291, observa-se que, ao revés do afirmado, a instrução dera-se completamente perante a 3ª Vara Criminal desta Comarca e que, apenas com a extinção daquele órgão jurisdicional, o processo fora redistribuído a 4ª Vara, onde, de fato, sentenciado, após considerável interstício temporal, por magistrado distinto.

Acerca da extinção de um dado órgão judicante, bem como da especialização de vara, e a ausência de afronta ao princípio do juiz natural e da *perpetuatio jurisdictionis*, os Tribunais Superiores possuem entendimento deveras sedimentado, passível de ilustração nos seguintes precedentes:

(...)

Ademais, é de considerar que, como bem enaltecido nas contrarrazões ao presente recurso, a instrução desta Ação Penal dera-se anteriormente ao advento da Lei nº 11.719/08, responsável pela inserção dos princípios ora em comento à seara processualista penal.

Logo, em face da literalidade do art. 2º do Código Processual Penal, acolhedor do princípio do *tempus regit actum*, restam prejudicadas as alegadas nulidades." (fls. 409/411)

Entretanto, contra referidos fundamentos manifestados pelo Tribunal de Origem, no sentido de que a instrução do feito ocorreu após a inserção deste princípio na seara processualista penal, o recorrente não se insurgiu no apelo raro, limitando-se a alegar que a juíza que proferiu a sentença não participou da instrução processual.

Dessarte, referidos fundamentos, por si só, são suficientes para manter o acórdão recorrido quanto ao ponto. Incide, desse modo, por analogia, *in casu*, o enunciado nº 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: "É inadmissível o recurso extraordinário,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles". Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DESRESPEITO. ART. 212 DO CPP. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTO INATACADO. APLICAÇÃO. SÚMULA 182/STJ. NULIDADE RELATIVA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NECESSIDADE. 1. A decisão agravada afastou a alegação de desrespeito ao art. 212 do Código de Processo Penal porque, nesse aspecto, o acórdão recorrido teria duplo fundamento, tendo sido apenas um deles impugnado nas razões do especial, o que atrairia a incidência da Súmula 283/STF, bem como porque a referida nulidade teria natureza relativa, devendo a sua arguição vir acompanhada da demonstração do prejuízo. 2. No presente regimental, deixou-se de impugnar a incidência sobre o recurso especial da Súmula 283/STF, razão pela qual lhe é aplicável a Súmula 182/STJ. 3. O entendimento desta Corte dirige-se no sentido de que o descumprimento da regra do art. 212 do Código de Processo Penal constitui nulidade relativa, cuja arguição deve vir acompanhada da demonstração do efetivo prejuízo. 4. Agravo regimental improvido". (AgRg no AREsp 49.889/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/12/2012)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. CONTAS CC-5. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DE PROVA DE QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. ART. 28 DA LEI 7.492/86. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA, PELA AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE NORMA COMPLEMENTAR REFERENTE ÀS ELEMENTARES DO TIPO DESCRITO NO ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 7.492/86. SÚMULA 211/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DA CONDUTA DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. ART. 62, INCISO I, AGRAVANTE GENÉRICA I – (...). III - Ademais, não obstante a mencionada autorização legal concedida ao Banco Central do Brasil, retratada no v. acórdão do e. Tribunal a quo, verifico que o recorrente não impugnou especificamente tal fundamento utilizado e suficiente à manutenção do julgado, incidindo, na hipótese, a Súmula nº 283/STF. IV – (...)" (REsp 1161830/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 04/10/2010)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. DELAÇÃO PREMIADA. ART. 6º DA LEI 9.034/95. NÃO-OCORRÊNCIA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. SÚMULA 283/STF. RECURSO ESPECIAL NÃO-CONHECIDO. 1. (...). 3. O recorrente, nas razões do especial, não logrou impugnar os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem, especialmente no que se refere à retratação por ele feito em Juízo, incidindo, à espécie, o óbice contido no verbete sumular 283/STF. 4. Recurso especial não-conhecido". (REsp 628.048/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 13/04/2009).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"RECURSO ESPECIAL. PECULATO. DIREITO PENAL. CONSUMAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA E REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS NºS 7/STJ E 283/STF. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. (...). 3. 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles'. (Súmula do STF, Enunciado nº 283). 4. (...). 5. Recurso não conhecido". (REsp 830.671/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, Rel. p/ Acórdão Min. HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJe 09/06/2008).

Lado outro, assim como exposto na decisão agravada, no que concerne ao apontado malferimento ao artigo 399, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, sob a alegação de que não houve a condução de réu preso à audiência de instrução e julgamento, verifica-se que o entendimento do Tribunal de origem está de acordo com a jurisprudência desta Corte.

De fato, o acórdão recorrido afastou a nulidade por ausência do réu na oitiva de testemunha, com os seguintes fundamentos:

"Por fim, sustenta-se a existência de afronta ao princípio da ampla defesa e do contraditório, a infirmar a validade do processo, na medida em que o Recorrente não esteve presente quando da oitiva, em juízo, das vítimas e das testemunhas.

De fato, o Apelante não presenciara os referidos atos instrutórios, todavia, sua defesa não restara comprometida na medida em que tais oitivas foram todas realizadas na presença de sua advogada, devidamente intimada para o feito.

Ademais, não há falar-se em prejuízo eis que os depoimentos apresentados em nada colidiram com as versões narradas durante o inquérito policial, de pleno conhecimento do Recorrente quando da consecução do seu interrogatório, repise-se, realizado em momento anterior à oitiva das vítimas e das testemunhas, segundo as normas processuais então vigentes.

Neste sentir, com subsídio no princípio do prejuízo, supera-se tal irregularidade." (fl. 413)

De fato, nos termos da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, "a falta do acusado na audiência de oitiva das testemunhas constitui nulidade relativa, devendo ser alegada em momento oportuno e comprovado o prejuízo à defesa. (HC 170.817/SP, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, DJe 23/11/2012).

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES E PELO FATO DE QUE A VÍTIMA TRANSPORTAVA VALORES (ART. 157, § 2.º, INCISOS I, II, E III, DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DO RÉU À AUDIÊNCIA DE INTERROGATÓRIO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. ARGUIÇÃO QUE NÃO DEMONSTROU EVENTUAL PREJUÍZO AO RÉU. DEFESA TÉCNICA PRESENTE E ATUANTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. **"De acordo com a remansosa jurisprudência desta Corte, a ausência do réu à audiência realizada para oitiva das testemunhas e vítimas configura nulidade relativa, de sorte que deve ser alegada oportunamente e depende da comprovação concreta do prejuízo sofrido"** (HC 123.917/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 30/05/2011). 2. Inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto". 3. Ordem parcialmente concedida. (HC 165.976/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 19/03/2012)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO PRATICADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA A AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA. ADVOGADO DEVIDAMENTE INTIMADO PARA O ATO. NÃO COMPARECIMENTO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. 1. Este Sodalício já decidiu no sentido de 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, o que não ocorreu no caso concreto. 2. Ordem denegada." (HC 103.963/SC, Rel. Min. ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, DJe 03/02/2012)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE DEFENSOR NO INTERROGATÓRIO. ATO ANTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 10.792/03. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ATO PERSONALÍSSIMO DO MAGISTRADO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 158 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE NA APREENSÃO. ART. 167 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA. 1. Somente após a entrada em vigor da Lei 10.792/03, faz-se necessária a presença de defensor no interrogatório do réu, por se tratar de ato sujeito a contraditório. 2. **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. 3. (...) 6. Ordem denegada." (HC 154.457/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, DJe 17/05/2010)

"*HABEAS CORPUS*. HIPÓTESES DE CABIMENTO. NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DA VÍTIMA. NULIDADE RELATIVA. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. IMPRESCINDIBILIDADE. REGIME ABERTO. PREJUDICIALIDADE. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do habeas corpus, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente. 2. **A ausência do réu na audiência de oitiva da vítima ou testemunhas não acarreta, por si só, a invalidação do processo, porquanto se trata de nulidade relativa, sendo imprescindível a comprovação do prejuízo.** 3. Unificada a pena imposta na presente ação penal a várias outras penas em sede de execução, esvaziado se mostra o pleito mandamental de fixação do regime aberto. 4. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 268.629/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 09/10/2013)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO SIMPLES. NULIDADE. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NÃO COMPARECIMENTO DO RÉU. PRESENÇA DO DEFENSOR. DEFESA E CONTRADITÓRIO RESPEITADOS. EIVA RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. **Consolidou-se na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça o entendimento 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 comprovado o prejuízo oriundo do seu não comparecimento ao ato, ou seja, cuida-se de nulidade relativa.** 2. Inviável acolher-se a eiva articulada se não restou demonstrado nos autos que o ato procedido na ausência do paciente acarretou prejuízo à sua defesa, requisito indispensável para o reconhecimento da mácula segundo o princípio do *pas de nullité sans grief*, positivado no art. 563 do CPP.(...)" (HC 186.453/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 25/08/2011)

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA (ARTS. 157, § 2º, I, II E V, E 288, PARAGRAFO ÚNICO, DO CP). ALEGAÇÃO DE NULIDADE. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO REALIZADA SEM A PRESENÇA DO PACIENTE. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. INOCORRÊNCIA. FEITO COMPLEXO. PLURALIDADE DE RÉUS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. INSTRUÇÃO ENCERRADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 52/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I. Recorrente denunciado - juntamente com outros 4 réus - como incurso nos arts. 288, parágrafo único, e 157, § 2º, I, II e V, c/c art. 29, caput, todos do Código Penal. II. **A presença do réu, na audiência de instrução, não é essencial para a validade do ato, configurando nulidade relativa, para cuja decretação há de ser demonstrado o prejuízo.** Assim, "não há previsão de que o réu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve estar presente ao interrogatório dos corréus ou de que todos os interrogatórios devem ser feitos pelo mesmo Juízo, com a requisição dos réus em vez da expedição de cartas precatórias, quando presos em localidades diversas" (STJ, HC 218.200/PR, Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª Turma, DJe de 29/08/2012). III. Esta Corte tem entendimento no sentido de que, "embora recomendável, a presença do acusado na audiência de instrução não é essencial para a validade do ato, eis que constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação concreta do prejuízo, mormente se a oitiva das testemunhas foi acompanhada pelo defensor por ele constituído" (STJ, HC 223.660/MG, Ministro GILSON DIPP, 5ª Turma, DJe de 01/08/2012). IV. Havendo complexidade do feito, ocorrendo, por exemplo, a pluralidade de réus, o excesso de diligências requeridas pela defesa, a necessidade de expedição de cartas precatórias - como no presente caso, em que os réus estão custodiados em diversos estabelecimentos prisionais do Estado, sendo todos eles interrogados por carta precatória -, pode ser afastada a alegação de excesso injustificado de prazo, o qual não pode ser imputado ao Judiciário. Precedentes do STJ. V. No caso presente, com o encerramento da instrução criminal, fica superada a alegação de excesso de prazo, nos termos da Súmula 52/STJ. VI. Agravo Regimental desprovido." (AgRg no RHC 36.813/SP, Rel. Min. Rel. Min. ASSULETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, DJe 27/05/2013)

Além disso, nos termos do assentado no *decisum* agravado, constata-se que o recorrente não logrou êxito em demonstrar eventual prejuízo sofrido, nos termos do exigido pelo artigo 563 do Código de Processo Penal.

Em verdade, segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se trata de alegação de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador no artigo 563 do Código de Processo Penal, *verbis*: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". Nesse contexto, tendo em vista que não houve demonstração efetiva de prejuízo efetivo sofrido pelo acusado, não há que se falar em nulidade processual. Confirmam-se, no mesmo sentido, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. QUADRILHA OU BANDO. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA. PRESCINDIBILIDADE. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE REPERGUNTAS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. ORDEM DENEGADA. 1. (...). 2. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se trata de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief. 3. A alegação de cerceamento de defesa, pelo fato do Defensor não ter feito reperguntas na momento da oitiva das testemunha, consubstancia-se em nulidade relativa, sendo necessária, pois, a demonstração de forma concreta e efetiva dos prejuízos que lhe foram ocasionados, o que não se observa na hipótese. 4. Ordem denegada". (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

121.865/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 13/12/2010).

"*HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. CRIMES CONEXOS. ADOÇÃO DO RITO ORDINÁRIO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. EIVA INOCORRENTE. 1. (...). 2. (...). 3. Não logrando a defesa demonstrar que foi prejudicada, impossível agasalhar-se a pretensão de anular o feito, pois no sistema processual penal brasileiro nenhuma nulidade será declarada se não restar comprovado o efetivo prejuízo (art. 563 do CPP). 4. *Writ* parcialmente conhecido, sendo nesta extensão denegada a ordem". (HC 96.634/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 21/09/2009).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. OFENSA AOS ARTS. 210 E 454 DO CPP (REDAÇÃO ANTIGA). INOCORRÊNCIA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não há ofensa aos artigos 210 e 454 do Código de Processo Penal, ambos em sua antiga redação, se as testemunhas não tiveram acesso às declarações umas das outras. 2. Não se reconhece nulidade, no processo penal, sem a demonstração de eventual prejuízo sofrido: *pas de nullité sans grief*. 3. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no REsp 333.034/RO, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/10/2009).

No mesmo sentido, o escólio da Suprema Corte sobre o tema sob análise:

"*HABEAS CORPUS*. INEXISTÊNCIA DO EXAME DE CORPO DE DELITO QUANDO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA: NÃO-CONFIGURAÇÃO DE NULIDADE: PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA SOBRE A NÃO-LOCALIZAÇÃO DAS TESTEMUNHAS POR ELA ARROLADAS: NULIDADE: PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. (...) 2. O princípio do *pas de nullité sans grief* – corolário da natureza instrumental do processo – exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato (Código de Processo Penal, arts. 563 e 566; HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12.4.2002; e 74.671, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 11.4.1997). No caso ora apreciado não se demonstrou o prejuízo. 3. Ordem denegada". (HC 93868, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, PUBLIC 17-12-2010).

"1. Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que, para afastar as nulidades argüidas, limitou-se a interpretar e aplicar a legislação ordinária pertinente (C.Pr.Penal, arts. 475; 563; e 578, VIII), a cujo reexame não se presta o RE: incidência, *mutatis mutandis*, do princípio da Súmula 636. 2. Nulidades processuais: ausência de prejuízo: '*pas de nullité sans grief*'. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não se adstringe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao das nulidades relativas o domínio do princípio fundamental da disciplina das nulidades processuais - o velho *pas de nullité sans grief*-, corolário da natureza instrumental do processo, donde - sempre que possível - ser exigida a prova do prejuízo, ainda que se trate de nulidade absoluta (HHCC 81.510, Pertence, 1ª T., DJ 12.4.02; HC 74.671, Velloso, 2ª T., DJ 11.4.97). 3. Júri: proibição de produção ou leitura de documento no plenário do Júri: nulidade que, além de relativa, não se configura quando o documento impugnado não chegou a ser lido em plenário: precedentes". (AI 559632 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 03-02-2006).

Dessa forma, por estar o acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência dominante desta Corte Superior de Justiça acerca do tema, foi negado provimento ao recurso especial, nos termos da Súmula 568 deste Sodalício, que assim dispõe:

Súmula 568. O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

Outrossim, saliente-se a impossibilidade de atendimento do pleito do agravante quanto à intimação da data do julgamento para fins de sustentação oral. Isso porque não há previsão para a realização de sustentação oral em agravo regimental. Assim dispõe, inclusive, o artigo 159, inciso IV, do RISTJ, *verbis*:

"Não haverá sustentação oral no julgamento de:

(...)

IV - agravo, salvo expressa disposição legal em contrário;"

Por fim, ressalta-se, que nos termos da jurisprudência deste STJ, "o *habeas corpus* de ofício é expedido em razão de ilegalidade, atual ou iminente, constatada pelo próprio julgador no curso do processo. Não é válvula de escape que autoriza à defesa, ao arrepio das normas processuais, suscitar, a qualquer tempo, questões que não foram oportunamente arguidas. A alegação de que seriam matérias de ordem pública ou traduziriam nulidade absoluta não constitui fórmula mágica que obrigaria as Cortes a se manifestar acerca de temas que não foram oportunamente arguidos ou em relação aos quais o recurso não preenche os pressupostos de admissibilidade". (REsp 1439866/MG, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 06/05/2014)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Decorrido o prazo para interposição de recurso, os autos devem baixar ao Juízo de origem, que apreciará o pedido contido na petição do Ministério Público Federal de fl. 572.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0274736-2

AgRg no
AREsp 1.002.333 /
AM
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006129120168040000 00044732220158040000 00067337220158040000
00103768420058040001 001050103769 103768420058040001 44732220158040000
6129120168040000 67337220158040000

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROBERTO LUIS OPPERMAN THOMÉ**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RICARDO ALMEIDA DA SILVA
ADVOGADOS : JOSEMAR BERÇOT RODRIGUES - AM005935
JOSEMAR BERCOT RODRIGUES JUNIOR E OUTRO(S) - AM007557
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
CORRÉU : MAX DELLYS PINHEIRO MEDEIROS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Latrocínio

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : RICARDO ALMEIDA DA SILVA
ADVOGADOS : JOSEMAR BERÇOT RODRIGUES - AM005935
JOSEMAR BERCOT RODRIGUES JUNIOR E OUTRO(S) - AM007557
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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