



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.250 - SP (2009/0085008-7)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : FERNANDO DONIZETE PEREIRA
ADVOGADOS : EDUARDO TOLEDO ARRUDA GALVÃO DE FRANÇA -
DEFENSOR DATIVO
HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR
PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. NULIDADE. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NÃO ARGÜIÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. RECURSO PROVIDO.

I. No tema de nulidades, é princípio fundamental, no processo penal, a assertiva da não declaração de nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

II. A nulidade relativa, no processo penal, deve ser argüida no momento oportuno, sob pena de restar convalidada.

III. A presença do acusado na audiência de instrução, embora recomendável, não é essencial para a validade do ato, eis que constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação concreta do prejuízo.

IV. Hipótese em que foi nomeado defensor dativo que acompanhou as oitivas da vítima e testemunha, e não se insurgiu quanto à ausência do réu na audiência e tampouco argüiu qualquer nulidade nas oportunidades em que se manifestou nos autos.

V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

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. "A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.250 - SP (2009/0085008-7)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP(Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado, que determinou a anulação do processo.

Consta dos autos que Fernando Donizete Pereira foi interrogado perante o Juízo deprecado da 3ª Vara Criminal da Comarca de Bauru/SP, ocasião em que confessou a prática do delito.

Tendo sido devidamente requisitado para a audiência de instrução, na qual foram ouvidas a vítima e a testemunha de acusação, o réu não foi apresentado, tendo sido nomeado defensor dativo, que participou da colheita da prova oral.

O réu restou, assim, condenado como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 11 (onze) dias-multa.

Em sede de apelação, pugnou pela sua absolvição por insuficiência probatória ou pela redução da reprimenda e concessão do *sursis*.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no entanto, diante da ausência do réu na audiência de instrução, decretou a nulidade do processo, determinando a realização de nova instrução criminal.

No presente recurso especial, aponta o recorrente divergência jurisprudencial com julgados desta Corte exarados no sentido de que a não requisição do réu para acompanhar a audiência de testemunhas constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento exige arguição no momento oportuno e demonstração de prejuízo à parte.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 298/321).

Admitido o recurso (fls. 346/347), a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu provimento (fls. 514/518).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.250 - SP (2009/0085008-7)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP(Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que determinou a anulação do processo.

Em razões, aponta o recorrente divergência jurisprudencial com julgados desta Corte exarados no sentido de que a não requisição do réu para acompanhar a audiência de testemunhas constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento exige arguição no momento oportuno e demonstração de prejuízo à parte.

O recurso é tempestivo. A Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo foi cientificada no dia 22/05/2007 (fl. 232), e a petição de interposição do recurso especial foi protocolada 30/05/2007 (fl. 234).

A divergência foi demonstrada nos moldes determinados no art. 255 do RISTJ.

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Passo à análise da irresignação.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que a ausência do réu na audiência de instrução configura causa de nulidade absoluta.

O entendimento desta Corte, no entanto, orienta-se no sentido de que a presença do acusado na audiência de instrução, embora recomendável, não é essencial para a validade do ato, eis que constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação concreta do prejuízo.

No presente caso, a oitiva da vítima e da testemunha foi acompanhada pelo defensor dativo, que não se insurgiu quanto à ausência do réu na audiência e tampouco arguiu qualquer nulidade nas oportunidades em que se manifestou nos autos.

Com efeito, no tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no processo penal, a assertiva da não declaração de nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, que assim prescreve:

“Art. 563 - Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”

Ademais, a nulidade relativa, no processo penal, deve ser argüida no momento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oportuno, sob pena de restar convalidada.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. DUAS CONDENAÇÕES, EM PROCESSOS DISTINTOS, PELA PRÁTICA DE CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR; UM NA FORMA TENTADA, O OUTRO CONSUMADO. ALEGADA AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA CONTRAÇÃO PENAL. VIA INADEQUADA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

1. No processo penal, o reconhecimento de nulidade relativa de ato processual condiciona-se à demonstração do prejuízo sofrido (princípio "pas de nullité sans grief").

2. No caso, o Paciente foi devidamente assistido durante toda a instrução criminal por defensores dativos, que participaram ativamente dos atos judiciais. Inclusive ofereceram alegações finais e interpuseram apelação, com pedido expresso de absolvição do acusado. Não há como prosperar, assim, a tese de nulidade suscitada.

3. Súmula n.º 523 do Supremo Tribunal Federal: "[n]o processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."

4. Nada há a reparar quanto à condenação do Paciente pela prática do delito de atentado violento ao pudor, figura típica então prevista no revogado art. 214, do Código Penal. As instâncias ordinárias, após cotejo minucioso das provas produzidas ao longo da instrução criminal, entenderam restar demonstrada a autoria e materialidade do delito. Mais: na estreita via do habeas corpus, imprópria para o reexame do conjunto fático-probatório, sequer há como se analisar a pretendida desclassificação do crime de atentado violento ao pudor para a contração penal prevista no art. 61 do Decreto-lei n.º 3.688/41.

5. Segundo a regra legal, ocorre o crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um delito da mesma espécie (art. 71, do Código Penal). Necessário também que os atos guardem conexão quanto ao tempo, ao lugar, à maneira de execução e a outras características que façam presumir a continuidade delitiva.

6. Na hipótese, a análise da tese de reconhecimento da continuidade delitiva entre os dois crimes de atentado violento ao pudor também demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que, como se sabe, não se coaduna com a restrita via do writ.

7. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado." (HC 88.932/SP; Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 06/12/2010).

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CRIME PRATICADO EM RODOVIA FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Consolidou-se na doutrina e jurisprudência pátrias o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento no sentido de que a fixação da competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso IV, da Carta Magna, somente se justifica quando haja efetivo prejuízo para os entes ali referidos ou violação direta aos seus interesses. Precedentes.

2. Constatado que os ilícitos atribuídos ao paciente foram praticados em detrimento de bens pertencentes à pessoas físicas e jurídicas de direito privado, correta a fixação da competência residual da justiça estadual, independentemente do local onde ocorreram os fatos.

NULIDADE. OITIVA DE TESTEMUNHAS. CARTA PRECATÓRIA. PACIENTE PRESO. AUSÊNCIA DE REQUISIÇÃO PARA COMPARECER EM AUDIÊNCIA. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO RESPEITADOS. EIVA RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não obstante o réu tenha direito à presença física na audiência de oitiva de testemunhas, mesmo que por carta precatória, bem como, estando preso, de ser requisitado, é inviável acolher-se nulidade do ato procedido na sua ausência se a defesa não logrou demonstrar que, como realizado, acarretou-lhe prejuízo e evidente constrangimento ilegal, nos termos do art. 563 do CPP, pois aludido procedimento, por si só, não ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa.

2. Ordem denegada." (HC 149.642/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 28/09/2010).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE REQUISIÇÃO DO RÉU PRESO PARA AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS REALIZADA MEDIANTE CARTA PRECATÓRIA. NULIDADE RELATIVA. ALEGAÇÃO EXTEMPORÂNEA. PRECLUSÃO.

I - Na linha da jurisprudência desta Corte, a ausência do réu na audiência de instrução na qual é procedida a oitiva de testemunhas acarreta nulidade relativa, sujeita, portanto, à preclusão, se não alegada oportuno tempore, e à demonstração, para que seja declarada, de efetivo prejuízo.

II - Na hipótese dos autos, além da defesa não ter demonstrado a ocorrência de qualquer prejuízo, a apontada nulidade do ato processual foi suscitada extemporaneamente, tão somente em sede de apelação defensiva.

Ordem denegada." (HC 159.835/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 09/08/2010).

Dessa forma, deve ser cassado o acórdão recorrido.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0085008-7

REsp 1.114.250 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 272002 8663803 86638030 993050560392

PAUTA: 17/02/2011

JULGADO: 17/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : FERNANDO DONIZETE PEREIRA

ADVOGADOS : EDUARDO TOLEDO ARRUDA GALVÃO DE FRANÇA - DEFENSOR DATIVO
HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.