



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 462.969 - RS (2018/0198553-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : A G DOS S P (INTERNADO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ROUBO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS REALIZADA SEM A PRESENÇA DO MENOR. ACUSADO DEVIDAMENTE REPRESENTADO PELA DEFESA TÉCNICA, ALÉM DE ESTAR PRESENTE A SUA GENITORA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. Não é cabível a utilização do *habeas corpus* como substitutivo do meio processual adequado.

2. "O direito de presença aos atos processuais não é indisponível e irrenunciável, de modo que o não comparecimento do acusado em audiência de oitiva de testemunhas não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a arguição no momento oportuno e a comprovação do prejuízo, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado n. 523 da Súmula do STF" (HC 440.492/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1/6/2018).

3. Na hipótese, o defensor, bem como a genitora do paciente estavam presentes no ato durante a audiência de oitiva das testemunhas e não restou demonstrado o efetivo prejuízo à ampla defesa.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

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, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 02 de abril de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 462.969 - RS (2018/0198553-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : A G DOS S P (INTERNADO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de A G DOS S P, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferido no Agravo de Instrumento n. 0128356-76.2018.8.21.7000.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado por ter supostamente praticado ato infracional equiparado ao crime tipificado no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal – CP (roubo circunstanciado).

Após a realização de uma audiência de instrução sem a presença do adolescente a Defensoria Pública interpôs agravo de instrumento alegando nulidade por cerceamento de defesa. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado (fl. 60):

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL REPRESENTAÇÃO POR ATO INFRACIONAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA SEM A PRESENÇA DO REPRESENTADO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. MODERNA TEORIA DAS INVALIDADES. PRECEDENTES.

Não deve ser declarada a nulidade da audiência para oitiva de testemunhas em razão da ausência do representado, na medida em que não se verifica prejuízo concreto para a sua defesa. O Jovem, que está cumprindo medida socioeducativa de internação, não pode ser conduzido até o Fórum da comarca de origem em razão da indisponibilidade de efetivo e de viatura para a realização do seu traslado. Entretanto, foi devidamente intimado acerca do apazamento do ato, assim como sua genitora e seu defensor, que se fizeram presentes.

AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente *mandamus*, reitera a Defensoria Pública as alegações de nulidade por ofensa ao contraditório e a ampla defesa em razão da não condução do menor apreendido à audiência de instrução realizada.

Pretende, assim, a concessão da ordem para que seja "*declarada a nulidade da solenidade realizada no dia 03.05.2018, em razão da ausência do adolescente que se encontrava internado e que, requisitado, não foi conduzido pelo Estado, com fulcro nos arts. 564, IV, c/c 573, do CPP, c/c 152, do ECA*" (fl. 6).

A liminar foi indeferida por decisão de fls. 232/233.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer assim sintetizado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO MAJORADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DO MENOR INFRATOR NÃO CONDUZIDO PARA O ATO. PRESENÇA DA DEFESA TÉCNICA. AMPLA DEFESA GARANTIDA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTE DO STJ. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS OU, SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM" (fl. 278).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 462.969 - RS (2018/0198553-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se a declaração da nulidade da audiência de instrução realizada sem a presença do menor que estava apreendido e não foi conduzido para o juízo.

A ordem deve ser denegada, porquanto *"o direito de presença aos atos processuais não é indisponível e irrenunciável, de modo que o não comparecimento do acusado em audiência de oitiva de testemunhas não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a arguição no momento oportuno e a comprovação do prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullite sans grief, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado n. 523 da Súmula do STF"* (HC 440.492/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2018, DJe 1/6/2018). No mesmo sentido:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. RÉU PRESO. NULIDADE RELATIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ADVOGADO PRESENTE NA AUDIÊNCIA. INOBSERVÂNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO À AMPLA DEFESA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Em diversas oportunidades já manifestou-se esta Corte no sentido de que, embora recomendável, a presença do réu em audiência de inquirição de testemunhas não é indispensável para a validade do ato, revestindo-se de verdadeira nulidade relativa e exigindo, por este motivo, a efetiva demonstração do prejuízo para a sua decretação.

2. No presente caso, não restou demonstrado eventual prejuízo, pois, o advogado do recorrente encontra-se presente na audiência de instrução, não havendo se falar, portanto, em violação ao direito à ampla defesa.

3. *Agravo Regimental improvido.*" (AgRg no HC 383.955/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 25/10/2018)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM RAZÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR SUSTENTAÇÃO ORAL. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. EXAME DA TURMA NO REGIMENTAL. HOMICÍDIO. OITIVA DE TESTEMUNHAS. RÉU PRESO. DIREITO DE PRESENÇA. DIREITO QUE NÃO É ABSOLUTO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

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, o que não ficou demonstrado no caso dos autos.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 411.033/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 20/10/2017)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DO ACUSADO SEGREGADO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO. DEFESA TÉCNICA. ATUAÇÃO DO CAUSÍDICO. INEXISTÊNCIA DE DESDOURO. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. PREJUÍZO. NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. DOSIMETRIA DA PENA. IMPROPRIEDADES. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A ausência do réu preso na audiência de oitiva de testemunhas não acarreta, por si só, a constatação de pecha no trâmite processual, porquanto tratar-se de nulidade relativa, não sendo demonstrado o eventual prejuízo concreto sofrido pela defesa.

[...]

6. Ordem denegada." (HC 397.444/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/08/2017)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. INDEVIDA COMPLEMENTAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO APRESENTADA PELO MAGISTRADO. MATÉRIA NÃO VENTILADA NAS RAZÕES DO RECLAMO. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. NULIDADE. AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REALIZADA SEM A PRESENÇA DOS RÉUS. ACUSADOS DEVIDAMENTE REPRESENTADOS PELA DEFESA TÉCNICA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A alegação de que a Corte de origem teria apresentado novos argumentos para reforçar a decisão do magistrado singular não pode ser conhecida, por se tratar de indevida inovação recursal, pois a tese defensiva não foi objeto das razões do recurso ordinário.

2. O direito de presença aos atos processuais não é indisponível e irrenunciável, de modo que o não comparecimento do acusado em audiência de oitiva de testemunhas não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a arguição no momento oportuno e a comprovação do prejuízo, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado n. 523 da Súmula do STF (HC 440.492/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 01/06/2018).

3. Na hipótese, os agravantes foram devidamente representados pela Defensoria Pública durante a audiência de oitiva das testemunhas e não restou demonstrado o efetivo prejuízo à ampla defesa.

Agravo parcialmente conhecido e desprovido." (AgRg no RHC 52.228/RS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 29/6/2018)

Assim, conforme consignado no acórdão impugnado, o defensor, bem como a genitora do paciente estavam presentes no ato durante a audiência de oitiva das testemunhas e não restou demonstrado o efetivo prejuízo à ampla defesa.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0198553-6

HC 462.969 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01283567620188217000 1283567620188217000 70077631448

EM MESA

JULGADO: 02/04/2019
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : A G DOS S P (INTERNADO)

ASSUNTO: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - Ato Infracional - 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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.