



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 40.952 - SP (2013/0320471-6)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : AGNALDO NERI (PRESO)
ADVOGADO : ANTÔNIO DONATO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. USO DE ALGEMAS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUDIÊNCIA DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE REQUISIÇÃO E APRESENTAÇÃO DO RÉU. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRESENÇA E ATUAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

1 - O *habeas corpus*, porquanto vinculado à demonstração de plano de ilegalidade, não se presta a dilação probatória, exigindo prova pré-constituída das alegações, sendo ônus do impetrante trazê-la no momento da impetração.

2 - Não consta dos documentos acostados aos autos a comprovação de que o paciente tenha permanecido algemado durante o interrogatório, nem se verifica qualquer protesto formulado pela Defesa do recorrente no que toca ao tema.

3 - Na audiência realizada no dia 2/7/2012, da qual participaram tanto o acusado como o seu defensor, restou expressamente consignada a concordância, pelas partes e respectivos advogados, de que a audiência de oitiva das testemunhas da defesa se realizasse sem a presença dos acusados.

4 - A despeito, portanto, das alegações aventadas pelo recorrente, não há como reconhecer, nesta via estreita do *habeas corpus*, a ocorrência de prejuízo causado ao réu, uma vez que, além da concordância suprarreferida, consignada no termo de audiência, o advogado do ora recorrente esteve presente e prestou a devida e efetiva assistência durante a realização do ato.

5 - *É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça 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 (HC n. 103.963/SC, Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 3/2/2012) (AgRg no HC 319.635/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 10/09/2015).*

6 - A sentença proferida não se baseou exclusivamente nos depoimentos das referidas testemunhas, mas em todo o conjunto probatório dos autos, afastando a tese de prejuízo direto à Defesa.

7 - Recurso ordinário improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de maio de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 40.952 - SP (2013/0320471-6)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE : AGNALDO NERI (PRESO)

ADVOGADO : ANTÔNIO DONATO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de recurso ordinário interposto por AGNALDO NERI em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a impetração na origem.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos delitos previstos no art. 35, *caput*, c/c 40, III e IV, da Lei n. 11.343/2006 c/c 61, I, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 12 anos de reclusão, em regime fechado.

Sustenta o recorrente a nulidade absoluta do interrogatório, sob o argumento de violação ao enunciado da Súmula Vinculante n. 11/STF, uma vez que o Juízo não apresentou qualquer fundamentação prévia ou concomitante para que o interrogado permanecesse com as algemas. Defende a ocorrência de afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e da legalidade.

Como segundo ponto, alega nulidade absoluta em decorrência da sua não requisição e apresentação na audiência de oitiva das testemunhas, em violação ao devido processo legal.

Requer o reconhecimento de nulidade do processo a partir do interrogatório e de nulidade absoluta *decorrente da violação ao devido processo legal pela não requisição e apresentação do paciente preso para participar do ato processual de oitiva de testemunhas* (fl. 184).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, às fls. 223/226, pelo desprovimento do recurso.

Das informações prestadas às fls. 236/246, extrai-se que o recorrente encontra-se em cumprimento da pena imposta, com término previsto para 22/2/2024.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 40.952 - SP (2013/0320471-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim fundamentou a denegação da ordem na origem (fls. 162/169):

[...] 2. A presente ação constitucional de habeas corpus, conquanto cognoscível, deve ser denegada.

O conhecimento da ação repousa na alegação de estar o paciente a sofrer coação ilegal, porque, segundo afirma, permaneceu algemado durante o seu interrogatório, sem a devida motivação, e deixou de ser requisitado para audiência de oitiva de testemunhas, embora o preso pelo juízo de origem, a afetar, em tese, sua liberdade de ir, vir e permanecer, protegida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, bem como, no plano infraconstitucional, pelos artigos 647 e 648, ambos do Código de Processo Penal.

Depreende-se das informações da Autoridade Judiciária apontada como coatora que, no dia 02 de julho de 2012, na presença do paciente, foram ouvidas cinco testemunhas da acusação, sendo certo que, ao final, todos os Advogados dos réus, inclusive o Dr. Roberto Romano, constituído concordaram em dispensar a presença dos réus na audiência do dia 31 de julho de 2013, na qual foram ouvidas testemunhas arroladas pela defesa e estiveram presentes os Advogados, inclusive o impetrante.

Ora, como bem anotou o doutor Procurador de Justiça, em seu pertinente parecer, não há notícia de que o paciente tenha permanecido algemado em seu interrogatório.

Mas, ainda que o ilustre impetrante tivesse apresentado prova pré-constituída de tal alegação, como exige o rito sumaríssimo da ação constitucional de habeas corpus, também haveria de comprovar a existência de protesto nos autos da ação penal pela retirada das algemas do paciente, sem que tivesse sido apreciado ou registrado no termo de audiência.

Desse modo, não se mostra razoável, data venia, a postura adotada pelo ilustre impetrante consistente em reclamar nulidade no Tribunal, no caso em apreço, em que cumpria ao defensor do paciente apresentar protesto por ocasião da realização do ato de fazer registrar no termo de audiência, mas quedou-se inerte.

Por fim, importa observar que de fato o paciente deixou de ser requisitado para a audiência de oitiva das testemunhas de defesa, realizada em 31 de julho de 2012, mas isso ocorreu porque, conforme alhures informado, houve aquiescência do seu próprio defensor, afigurando-se incompreensível que agora bata à porta desta corte pleiteando o reconhecimento da nulidade do mencionado ato, sem demonstração da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrência de qualquer prejuízo à defesa.

Frente a esse quadro, não se vislumbrando o constrangimento contrário ao ordenamento jurídico com que acena o ilustre impetrante, exsurge imperiosa a solução consistente na denegação do remédio heróico.

Pelo exposto, denega-se a ação de habeas corpus.

É cediço que o *habeas corpus*, porquanto vinculado à demonstração de plano de ilegalidade, não se presta a dilação probatória, exigindo prova pré-constituída das alegações, sendo ônus do impetrante trazê-la no momento da impetração.

No caso, do exame dos documentos acostados aos autos, não vislumbro a comprovação de que o paciente tenha permanecido algemado durante o interrogatório, consoante exposto pelo Tribunal de origem no acórdão impugnado. Da mesma forma, não se verifica dos termos acostados aos autos qualquer protesto formulado pela Defesa do recorrente no que toca ao tema.

O Termo de Audiência nada consignou. Vejamos (fl. 79):

Aos 01 de agosto de 2012, nesta cidade e Comarca de Araraquara, Estado de São Paulo, no Fórum e Sala Especial das Audiências da 2ª Vara Criminal, onde presente se encontrava o MM. Juiz Titular (...), Digníssimo Promotor de Justiça, os acusados (...), e os defensores (...). Iniciados os trabalhos, pelo MM. Juiz foi feita a oitiva de uma testemunha arrolada pela defesa do réu Aparecido Getulio. A seguir foi realizado o interrogatório dos acusados, cujos termos seguem. Iniciados os trabalhos, pelo MM Juiz iniciou-se o interrogatório dos acusados, primeiramente da acusada Carla Cristina, a qual já havia sido entrevistada pela defensora. Ao final do interrogatório, o Promotor de Justiça ponderou que não era possível aos advogados assistirem aos interrogatórios e em seguida realizarem as entrevistas com seus clientes. Isso estava acontecendo porque eram muitos advogados, pouco espaço físico para as entrevistas e colocada esta questão os advogados fizeram questão de acompanhar os interrogatórios de todos os réus, sem abrir mão das entrevistas com seus clientes. Os trabalhos foram suspensos por uma hora, possibilitando que todos os advogados entrevistassem seus clientes. Realizaram-se os interrogatórios de todos os réus, conforme termos de audiência que serão impressos junto com a futura transcrição dos depoimentos. Fica registrado que durante o interrogatório do réu Anderson, o defensor passou a orientar o acusado para que deixasse de responder algumas perguntas do Ministério Público, exercendo seu direito de manter-se em silêncio. Por ocasião do interrogatório do réu Gabriel o réu foi orientado a não responder as indagações feitas pelo Ministério Público. Fica consignado que foi indeferido o pedido pela acusação para que constassem todas as perguntas, tal indeferimento foi feito pelo Juiz sob o argumento de que o artigo 191 do CPP não mais trouxe tal exigência, não havendo mais razão para consignar-se as perguntas que o réu deixar de responder bem como as razões que invocasse para não fazê-lo (...).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por ocasião do interrogatório do corréu Marcelo João, o réu respondeu algumas perguntas do Ministério Público, mas em seguida, por orientação da defesa, se recusou às demais e da mesma forma foi indeferido o pedido de que constasse as perguntas do Ministério Público. Durante a interrogação de vários réus, alguns deles também receberam orientação de seus defensores e a cada pergunta dos promotores de justiça optavam por exercer o direito de permanecerem em silêncio. Ao final, de pois de ouvidos todos os réus, as partes passaram a apresentar requerimentos: 1) O Promotor de Justiça pediu a realização de perícia no telefone celular apreendido com o réu José Augusto Gaspar Alves, tendo em vista que somente hoje foi apresentada por ele a senha para desbloquear tal aparelho, qual seja, 24240021 ou 24242100; 1A) nova cobrança do laudo pericial dos projeteis apreendidos com o réu Willian Alves de Oliveira; 1B) Reiteração da cobrança da complementação do laudo requisitado às fls. 2616 e 3363, com relação ao réu José Maurício Alberto; 2) Pela defesa de Marcos Cardeal de Lucena foi requerida perícia de voz da ligação mencionada na denúncia (...); 3) Pela defesa de Fabio Henrique Perillo foi pedida a realização de perícia de comparação de voz, com base nos áudios mencionados na denúncia. Os advogados de todos os acusados presos pediram a revogação das prisões preventivas decretadas. O Promotor de Justiça discordou do pedido de revogação feito pelos defensores, nos termos das manifestações anteriores. Pelo MM Juiz foi determinado que os autos voltassem conclusos com urgência para apreciação dos requerimentos, inclusive exame da possibilidade de desmembramento do processo com relação aos réus cuja instrução já se encontra encerrada. Fica registrado que os advogados que deixaram de assinar o presente termo não permaneceram até o ultimo interrogatório em razão de compromissos de ordem profissional e particular, mas assinaram as respectivas fitas de estenotipia e antes de sair deixaram bem claro que não tinha requerimentos a fazer, exceto a revogação da preventiva dos réus presos por eles representados. Sem prejuízo da conclusão acima referida, foi concedido o prazo de 5 dias para transcrição de todos os depoimentos. [...]

Outrossim, nada restou consignado no Termo de Interrogatório (fl. 123):

[...] Aos 01 de agosto de 2012, na sala de audiências da 2ª Vara Criminal do Foro de Araraquara, Comarca de Araraquara, Estado de São Paulo, sob a presidência do(a) MM. Juiz(a) de Direito (...). Cumpridas as formalidades legais e apregoadas as partes. Presentes o(a) Promotor de Justiça, (...). Iniciados os trabalhos, foi aberta a audiência a fim de ser interrogado(a) sobre os termos da acusação inicial, O(A) acusado(a) AGNALDO NERY e o defensor Dr. Roberto Romano e Ariovaldo Moreira. Foi assegurado o direito de entrevista reservada ao acusado. Antes do interrogatório o Meritíssimo Juiz de Direito fez ao(à) acusado(a) a observação determinada no artigo 186 do Código de Processo Penal, respondendo ele(a) às perguntas a respeito de sua qualificação da seguinte maneira:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Depois de cientificado da acusação, passou o réu a ser interrogado de acordo com o artigo 187, I a VIII, do Código de Processo Penal, sendo realizado o interrogatório pelo método de estenotipia. [...]

Destarte, considerando a ausência de prova pré-constituída do alegado, não há falar em concessão da ordem.

No que concerne à alegação de nulidade absoluta em decorrência da não requisição e apresentação do paciente na audiência de oitiva das testemunhas, também não vislumbro ato ilegal.

Consta dos autos que, na audiência realizada no dia 2/7/2012, da qual participaram tanto o acusado como o seu defensor, restou expressamente consignada a concordância, pelas partes e respectivos advogados, de que a audiência de oitiva das testemunhas da defesa se realizasse sem a presença dos acusados. *Litteris* (fls. 75/76):

*Iniciados os trabalhos pelo MM Juiz foi realizado a oitiva das testemunhas da acusação pelo método de estenotipia. No dia 31/07/2012, às 9:00 horas, para ouvir as testemunhas arroladas pela defesa. Também foi designado o dia 01/08/2012 às 9:00 horas quando serão interrogados os réus e ao final será concedido prazo para apresentação de memoriais. As datas foram designadas com a prévia informação da disponibilidade do salão do juri, mas por cautela comunique o MM. Juízo da vara do juri e também da diretoria do fórum. Os Promotores de Justiça pediram a cobrança dos laudos restantes. Pediram vista para especificarem laudo por laudo. Com a manifestação dos Promotores a serventia deverá cobrar os laudos por ofício e por telefone, informando a data do julgamento. (...) **A audiência da oitiva das testemunhas da defesa, com a concordância de todos os presentes, será realizada sem a presença dos acusados, os quais não precisarão ser requisitados.** Depreque-se a oitiva das testemunhas residentes fora da comarca, com prazo de 20 dias, consignando a data da audiência do julgamento.*

Na referida audiência, de oitiva das testemunhas da defesa, consignou-se (fls. 77/78):

*[...] Aos 31 de julho de 2012, às Hora de Início da Audiência Seleccionada (...), na sala de audiências da 2ª Vara Criminal do Foro de Araraquara, Comarca de Araraquara, Estado de São Paulo, sob a presidência do(a) MM. Juiz(a) de Direito Dr(a). (...), foi aberta a audiência de instrução, debates e julgamento, nos autos da ação entre as partes em epígrafe. Cumpridas as formalidades legais e apregoadas as partes, presente o representante do Ministério Público (...), **os acusados foram dispensados da audiência, presentes os Defensores** (...)*

Constata-se, por conseguinte, que, na primeira audiência de instrução, na qual estavam presentes os réus, houve a intimação acerca do ato processual em referência e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concordância, por parte de todos os presentes, de realização da audiência de oitiva das testemunhas arroladas pela defesa sem a presença dos acusados, os quais não seriam, portanto, requisitados.

Ressalte-se, por oportuno, que no voto condutor do julgamento do HC n. 229.541/RJ, a em. Ministra Laurita Vaz ressaltou que, consoante entendimento desta Corte de Justiça, *a presença do réu na audiência de instrução – embora recomendável – não é indispensável para a validade do ato, sendo, pois, imprescindível, para a caracterização da alegada nulidade, a demonstração de efetivo prejuízo, o que não ocorreu na espécie.* Complementou, ainda, que *a presença do acusado à inquirição de testemunhas não torna inválido o ato, consubstanciando-se em nulidade relativa, pois o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo à Defesa.* Nesse mesmo sentido, recente precedente desta Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE HABEAS CORPUS. NÃO COMPARECIMENTO DA RÉ PRESA À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça 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 (HC n. 103.963/SC, Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 3/2/2012).

2. No caso, o Tribunal local entendeu que não ficou comprovado o prejuízo, não cabendo ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar as circunstâncias do caso concreto nem o conjunto de provas para chegar a conclusão diversa.

3. Inexistindo manifesta ilegalidade a ser reparada, não há justificativa para o seguimento de habeas corpus substitutivo de recurso especial, porquanto evidentemente incabível.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 319.635/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 10/09/2015)

A despeito, portanto, das alegações aventadas pelo recorrente, não há como reconhecer, nesta via estreita do *habeas corpus*, a ocorrência de prejuízo causado ao réu, uma vez que, além da concordância suprarreferida, consignada no termo de audiência, o advogado do ora recorrente, presente à audiência, prestou a devida e efetiva assistência durante a realização do ato.

Por fim, pontifique-se que, na sequência, foi proferida a sentença (fls. 14/74), de cuja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

leitura constata-se que o julgador não se baseou apenas nos citados depoimentos para a conclusão do julgado, mas em todo o conjunto probatório dos autos, razão pela qual não se vislumbra, de plano, qualquer prejuízo à Defesa.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso ordinário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0320471-6

RHC 40.952 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000209-38.2012.8.26.0037 00357727320138260000 357727320138260000
RI001NLEH0000

EM MESA

JULGADO: 03/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: AGNALDO NERI (PRESO)
ADVOGADO	: ANTÔNIO DONATO
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: ANDERSON RODRIGO DA SILVA
CORRÉU	: APARECIDO GETULIO EVANGELISTA
CORRÉU	: CLEBER GALLEANI
CORRÉU	: FABRÍCIO APARECIDO CAMARA
CORRÉU	: GABRIEL ALEXANDRE FREIRE
CORRÉU	: MARCELO JOÃO APARECIDO GIBOTTI
CORRÉU	: PAULO EMÍLIO GROTO
CORRÉU	: PETERSON AILTON DA SILVA VIEIRA
CORRÉU	: RODRIGO FREITAS DOS SANTOS
CORRÉU	: RODRIGO WILIAN DOS SANTOS
CORRÉU	: ROSANGELA TRENTIN
CORRÉU	: WAGNER ROBERTO BIER

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico e Condutas Afins

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 recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.