



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.211 - SC (2015/0169827-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ALTINO JOSUÉ GONÇALVES
ADVOGADO : ALTINO JOSUÉ GONÇALVES - SC008013
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : A A M

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO POR ESTAR VIAJANDO A TRABALHO. NULIDADE RELATIVA. INEXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO DE REINQUIRÇÃO DAS VÍTIMAS OU TESTEMUNHAS PELA DEFESA APÓS O INTERROGATÓRIO DO PACIENTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.

1. Consolidou-se na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a ausência do réu em audiência de instrução e julgamento é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da arguição oportuna e da demonstração dos prejuízos sofridos.

2. Conquanto o réu realmente não tenha sido encontrado para ser intimado para a audiência em que ouvidas as vítimas e testemunhas, por estar viajando a trabalho, o certo é que a instrução processual foi reaberta, sendo realizado o interrogatório, ocorrendo que, no mesmo ato, instada a se manifestar na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, a defesa não requereu a reinquirção de quaisquer das pessoas que depuseram em juízo, o que revela a inexistência de prejuízos.

3. Além disso, em momento algum a defesa esclareceu de que forma a presença do paciente no citado ato poderia auxiliar nos questionamentos realizados, ou mesmo de que maneira a renovação da colheita dos depoimentos poderia beneficia-lo, o que impede o reconhecimento da eiva suscitada na impetração. Inteligência do artigo 563 do Código de Processo Penal. Precedente do STF.

4. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.211 - SC (2015/0169827-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ALTINO JOSUÉ GONÇALVES
ADVOGADO : ALTINO JOSUÉ GONÇALVES - SC008013
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : A A M

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de A. A. M., apontando como autoridade coatora a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Criminal n. 2014.046461-6.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 18 (dezoito) anos de reclusão, como incurso no artigo 214, combinado com o artigo 226, inciso II e com o artigo 9º, da Lei 8.072/1990, por 2 (duas) vezes.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido desprovido.

Sustenta o impetrante que a ação penal seria nula desde a audiência de instrução, pois o paciente não teria sido intimado para comparecer ao ato.

Alega que o paciente é motorista, não tendo sido encontrado para ser notificado por estar viajando a trabalho.

Argumenta que a tentativa de intimação teria ocorrido apenas 3 (três) dias antes da audiência.

Entende que o prejuízo suportado pelo paciente seria manifesto, pois não teria participado da colheita da prova oral, o que cercearia o seu direito de defesa.

Requer a concessão da ordem, para que o processo seja anulado desde a audiência de oitiva das testemunhas, reabrindo-se a instrução criminal.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 284/286.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 294/296), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 347/350, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.211 - SC (2015/0169827-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a anulação da ação penal desde a audiência de instrução e julgamento.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação de via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Consolidou-se na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a ausência do réu em audiência de instrução e julgamento é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da arguição oportuna e da demonstração dos prejuízos sofridos.

A propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PRESENÇA DO DEFENSOR. PARTICIPAÇÃO ATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE RELATIVA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência desta Corte superior.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte superior, 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, nos termos do art. 563 do CPP - pas de nullité sans grief. (AgRg no AREsp 973.916/AM, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2018, DJe 4/6/2018).

3. Assim, não obstante a ausência do recorrente na audiência de instrução e julgamento, tratando-se de nulidade relativa, a presença do defensor, com participação ativa, inclusive elaborando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perguntas, afasta a alegação de qualquer nulidade, pois não demonstrado o prejuízo concreto.

4. Agravo regimental improvido.

(AgInt no RHC 98.635/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018)

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. CRIME COMETIDO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS. REVELIA DECRETADA. ALEGADA NULIDADE. DIREITO DE PRESENÇA. SUPOSTA VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. REALIZADAS INÚMERAS TENTATIVAS DE LOCALIZAÇÃO SEM ÊXITO. ART. 367 DO CPP. APLICAÇÃO ADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus substitutivo de recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Esgotados todos os meios para a localização do agente, restando certificado que nas inúmeras diligências realizadas no endereço constante dos autos ele não foi localizado e inclusive era desconhecido de um vizinho, é de se concluir que mudou-se de endereço sem informar ao Juízo, adequada a aplicação do art. 367 do CPP, segundo o qual "o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo."

*III - 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.*

IV - Na espécie, não foi comprovado prejuízo à Defesa, notadamente porque o paciente poderá exercer o direito de presença na segunda fase do Júri, quando poderá ser interrogado. Habeas corpus não conhecido.

(HC 459.121/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 27/08/2018)

No caso dos autos, foi expedido mandado para intimar o réu para a audiência de instrução, não tendo ele sido localizado porque é motorista e estava em viagem pela Argentina (e-STJ fls. 60/62).

Foram colhidos os depoimentos das testemunhas, não tendo o advogado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contratado pelo paciente comparecido ao ato, o que ensejou a nomeação de defensor *ad hoc* (e-STJ fl. 69).

Na mesma ocasião, foi decretada a revelia do acusado e encerrada a instrução processual, tendo o magistrado singular determinado a intimação das partes para apresentarem alegações finais (e-STJ fl. 69).

Em memoriais, a defesa pleiteou, preliminarmente, a anulação do processo a partir da aludida audiência, sobrevivendo decisão que determinou a intimação do réu para que fosse interrogado (e-STJ fl. 96).

Após mais uma tentativa frustrada de notificar o acusado (e-STJ fls. 109/110), o oficial de justiça procedeu à sua cientificação, tendo ele sido interrogado, consoante termo de fl. 124.

Ora, conquanto o réu realmente não tenha sido encontrado para ser intimado para a audiência em que ouvidas as testemunhas, por estar viajando a trabalho, o certo é que a instrução processual foi reaberta, sendo que após o seu interrogatório e inaugurada a fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, seu patrono não requereu a reinquirição de quaisquer das pessoas que depuseram em juízo, o que impede o reconhecimento da mácula suscitada na impetração.

Isso porque, embora a eiva em questão tenha sido novamente arguida nas alegações finais da defesa, nos termos artigo 563 do Código de Processo Penal, *"nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"*.

Acerca da necessidade de comprovação do prejuízo para que a nulidade possa ser reconhecida, cumpre trazer à baila a doutrina de Magalhães Noronha:

"O princípio básico do Código é enunciado logo de início no título referente às nulidades: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa' (art. 563). É o pas de nullité sans grief. Não existe nulidade desde que da preterição legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Este inexistente quando foi alcançado o fim que a lei tem em vista. Tanto ele pode ocorrer em relação ao acusador, como ao acusado ou à Justiça.

Não é ele, em regra, presumível, demonstra-se.

A razão ou fundamento desse princípio é natural e fácil de encontrar-se: é que a decretação da nulidade -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lembrando-nos agora da aplicação da pena - é um mal, devendo, então, reservar-se para aqueles casos em que realmente legítimos interesses das partes ou da Justiça foram lesados.

A demonstração do prejuízo faz-se pelo raciocínio ou pelos meios ordinários de prova. A demonstração por aquele dispensa estes, pois trata-se, então, de fato notório e evidente. Na maior parte das vezes é ele demonstrado por essa forma, isto é, pelo raciocínio. Quando assim não aconteça, incumbe ao prejudicado a demonstração do prejuízo, pelos meios usuais de prova: testemunhas, documentos, exames etc. (Curso de direito processual penal. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 440.)

Na espécie, como visto, antes do término da instrução processual, a defesa teve a oportunidade de pleitear as diligências reputadas necessárias para o deslinde da controvérsia, ocasião em que, à luz das declarações fornecidas pelo réu, poderia ter requerido a reinquirição das vítimas ou testemunhas, o que não fez, cingindo-se a alegar que a sua ausência na audiência em que procedidas as oitivas seria causa de nulidade.

Desse modo, constatando-se que em momento algum o causídico do paciente evidenciou de que forma a sua presença no citado ato poderia auxiliar nos questionamentos realizados, ou mesmo de que maneira a renovação da colheita dos depoimentos poderia beneficia-lo, é impossível o reconhecimento do vício arguido na impetração.

Em caso semelhante, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. OITIVA DE VÍTIMA SEM A PRESENÇA DE RÉU PRESO. ATO REALIZADO ANTE O JUSTIFICADO TEMOR DA VÍTIMA EM SER OUVIDA NA PRESENÇA DO ACUSADO. AUTORIZAÇÃO DO ART. 217 DO CPP. DISPENSA PELO ADVOGADO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. SUPOSTO VÍCIO OCORRIDO NA INSTRUÇÃO QUE DEVERIA TER SIDO SUSCITADO EM ALEGAÇÕES FINAIS (ART. 571 DO CPP). RECURSO IMPROVIDO.

1. A ausência do réu na audiência de oitiva da vítima não constitui nulidade de modo a comprometer o ato processual, na medida em que, além da expressa concordância da defesa técnica, a realização do ato foi justificado pelo temor da depoente em ser ouvida na presença do acusado. Inteligência do art. 217 do CPP.

2. Não se pode ignorar, ainda, que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o reconhecimento de nulidade dos atos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte (CPP, art. 563).

3. Na espécie, entretanto, o recorrente sequer indicou de que modo a renovação do referido ato processual poderia beneficiá-lo, limitando-se a tecer considerações genéricas sobre o princípio do devido processo legal. Caso a parte se considerasse prejudicada em seu direito, poderia ter se manifestado em preliminar de alegações finais, ou até mesmo no recurso interposto contra a sentença de pronúncia (CPP, art. 571). Ocorre que essa insurgência só foi veiculada no habeas corpus impetrado no Tribunal de Justiça local depois do trânsito em julgado da sentença de pronúncia, vale dizer, mais de dois anos após a prática do ato processual.

4. Recurso ordinário improvido.

(RHC 124727, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0169827-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 330.211 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00182308120098240018 182308120098240018 20140464616

EM MESA

JULGADO: 06/11/2018
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALTINO JOSUÉ GONÇALVES
ADVOGADO : ALTINO JOSUÉ GONÇALVES - SC008013
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : A A M

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.