



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.980 - SP (2014/0117978-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FLÁVIA QUINTAES LOUVAIN COELHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO TEIXEIRA DA SILVA

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. AUTODEFESA. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO NA OITIVA DA VÍTIMA. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. VÍTIMA QUE NÃO PRESENCIOU OS FATOS E NÃO ESCLARECEU A AUTORIA DO DELITO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. O direito de presença – como desdobramento da autodefesa (que também comporta o direito de audiência) – assegura ao réu a possibilidade de acompanhar os atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado está preso, impossibilitado de livremente deslocar-se para o fórum.

2. Contudo, não se trata de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica – conforme positivado no art. 261 do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 –, de modo que o não comparecimento do acusado às audiências não pode ensejar, por si, a declaração da nulidade absoluta do ato, sendo imprescindível a comprovação de prejuízo e a sua arguição no momento oportuno. Precedentes do STF e do STJ.

3. Não comprovado o efetivo prejuízo para o paciente, tendo em vista que a vítima não presenciou os fatos e nada esclareceu sobre a autoria do delito, não há como invalidar o ato processual, pois, a teor do art. 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

4. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de dezembro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.980 - SP (2014/0117978-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : FLÁVIA QUINTAES LOUVAIN COELHO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MARCIO TEIXEIRA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MARCIO TEIXEIRA DA SILVA, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo constrangimento ilegal, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação n. 0055271-29.2009.8.26.0050.

O paciente, por sentença proferida em 16/9/2011, foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, no regime semiaberto, e ao pagamento de multa, como incurso no art. 155, § 4º, III, do CP.

Em grau de recurso, a 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal *a quo*, em 8/5/2013, negou provimento ao apelo da defesa e deu provimento ao reclamo ministerial, para fixar a pena definitiva do paciente em 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 11 dias-multa.

Consoante informações do Juízo das Execuções, o paciente ainda não iniciou o resgate da reprimenda.

Nesta Corte, a Defensoria Pública pleiteia a nulidade do processo desde a audiência de oitiva da vítima, pois o paciente, que estava preso, não compareceu ao ato processual, mesmo sendo requisitado.

Assevera que alegou a nulidade na apelação e que foram violados os direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, pois o réu deveria estar presente em todos os atos processuais, para contribuir com a defesa técnica e elucidar as declarações da vítima.

Requer a declaração de nulidade do processo a partir da oitiva da vítima.

Liminar indeferida às fls. 33/35.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 94-99).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.980 - SP (2014/0117978-7) EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. AUTODEFESA. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO NA OITIVA DA VÍTIMA. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. VÍTIMA QUE NÃO PRESENCIOU OS FATOS E NÃO ESCLARECEU A AUTORIA DO DELITO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. O direito de presença – como desdobramento da autodefesa (que também comporta o direito de audiência) – assegura ao réu a possibilidade de acompanhar os atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado está preso, impossibilitado de livremente deslocar-se para o fórum.

2. Contudo, não se trata de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica – conforme positivado no art. 261 do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 –, de modo que o não comparecimento do acusado às audiências não pode ensejar, por si, a declaração da nulidade absoluta do ato, sendo imprescindível a comprovação de prejuízo e a sua arguição no momento oportuno. Precedentes do STF e do STJ.

3. Não comprovado o efetivo prejuízo para o paciente, tendo em vista que a vítima não presenciou os fatos e nada esclareceu sobre a autoria do delito, não há como invalidar o ato processual, pois, a teor do art. 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob essas premissas, passo à análise do *writ*.

I.

Colhe-se das informações de fls. 45-46 que o paciente foi requisitado e intimado para a audiência de oitiva da vítima, pois estava preso por outro processo. Contudo, apesar da não apresentação do paciente em juízo, foi realizada a audiência, porque a vítima não presenciou os fatos e solicitou que sua oitiva não fosse realizada na presença do acusado.

No final da audiência, a defesa deliberou que não concordava com a realização do ato, pois o réu não foi apresentado. O Juiz assim decidiu: "Tendo em vista que a vítima não presenciou os fatos e pediu para depor na ausência do réu não se verifica prejuízo nos termos do artigo 563 do CPP" (fl. 58).

Em alegações finais, a Defensoria não arguiu a nulidade, apenas "sustentou a absolvição pela relatividade da confissão e falta de provas para condenação" e, alternativamente, "manifestou-se pela tentativa, por pena mínima, regime mais brando, substituição, *sursis*, atenuante, liberdade e benefícios legais" (fl. 10).

O paciente, por sentença proferida em 16/9/2011, foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, no regime semiaberto, além de multa, como incurso no art. 155, § 4º, III, do CP, pois, no dia 26/3/2009, subtraiu, para si, mediante emprego de chave falsa, um veículo pertencente a pessoa física. Em grau de recurso, a pena foi aumentada para 2 anos e 4 meses de reclusão.

O Tribunal de Justiça assim se manifestou sobre a controvérsia (fl. 23):

Consoante certidão exarada pela Serventia a fls. 72, o réu foi devidamente requisitado para comparecer à audiência designada para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o dia 09/02/2011. Consta também a carta precatória expedida para a comarca de Guarulhos para intimação da testemunha Fábio da Costa, bem como do réu, que estava preso no centro de Detenção Provisória I de Guarulhos, sendo que ambos foram intimados, conforme certidão de intimação a fls. 77.

Na data da audiência, ao que consta, o réu, a despeito de ter sido requisitado e intimado, não foi apresentado em audiência, o que por si só não torna nulo o ato processual, tendo em vista que a vítima em questão não presenciou o furto, não resultando para ele prejuízo algum, como muito bem já havia decidido o d. juízo monocrático a fls. 143.

De acordo com as informações prestadas pelo Juízo das Execuções, o apenado ainda não iniciou o desconto da reprimenda.

II.

A possibilidade de que o próprio acusado intervenha, direta e pessoalmente, na realização dos atos processuais denota a ideia de autodefesa, também chamada defesa privada, material ou pessoal.

Saliente-se que a autodefesa não se resume à participação do acusado no interrogatório judicial, mas há de se estender a todos os atos de que o imputado participe. Desse modo, digo-o apenas para ilustrar, é expressão de tal direito a permissão, conferida em alguns ordenamentos – v.g. o art. 626.1 da LECR da Espanha e o art. 258.3 da StPO da Alemanha –, de que o acusado intervenha pessoalmente em depoimentos de testemunhas, nos debates orais, no encerramento da causa, etc.

Na verdade, desdobra-se a autodefesa em "direito de audiência" e em "direito de presença", é dizer, tem o acusado o direito de ser ouvido e falar durante os atos processuais (e não apenas, como se verifica no direito brasileiro, em seu interrogatório judicial), bem assim o direito de assistir à realização dos atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado se encontra preso, impossibilitado de livremente deslocar-se para o fórum.

A autodefesa assim entendida implica, portanto, uma série de possibilidades para o acusado, quais sejam: (a) presença em juízo; (b) conhecimento dos argumentos e conclusões da parte contrária; (c) exteriorização de sua própria argumentação; (d) demonstração dos elementos de fato e de direito que constituem as suas razões defensivas e, por último, (e)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

propulsão processual.

Convém sublinhar que tanto o direito de audiência quanto o direito de presença podem ser exercitados de forma passiva, negativa, sem que isso represente ausência de defesa. É, portanto, expressão da autodefesa o direito ao silêncio, reconhecido ao acusado como corolário de seu direito de não se autoincriminar (*privilege against selfincrimination*), visto que, de acordo com antigo preceito do Direito Canônico, ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si ou a delatar-se (*nemo tenetur se detegere* ou *nemo tenetur se ipsum accusare*).

De igual modo, constitui exercício do direito à ampla defesa a deliberada e voluntária atitude do acusado de não se fazer presente nos atos do processo criminal, ou mesmo em todo ele. Logo, se de um lado o Estado deve facilitar a presença do acusado durante a instrução e o julgamento da causa, notificando-o pessoalmente sobre a data, horário e local das respectivas audiências ou sessões, há de respeitar, a seu turno, eventual escolha do acusado de não comparecer a elas.

Não se trata, pois, de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica – conforme positivado no art. 261 do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 –, de modo que o não comparecimento do acusado às audiências não pode ensejar, por si, a declaração da nulidade absoluta do ato, sendo imprescindível a comprovação do prejuízo e a sua arguição no momento oportuno. Nesse sentido: **HC n. 219.551/SP**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 28.2.2014, **HC n. 241.571/MS**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 11.3.2014; **HC n. 268.629/SP**, Rel. Min. **Og Fernandes**, 6ª T., DJe 9.10.2013; AgRg no **HC n. 247.979/PE**, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 30.9.2013; AgRg no **REsp 1.288.587/SP**, Rel. Min. **Campos Marques**, 5ª T., DJe 27.5.2013; AgRg no **RHC n. 36.813/SP**, Rel. Min. **Assusete Magalhães**, 6ª T., DJe 27.5.2013.

Em idêntica diretriz é o pronunciamento de ambas as Turmas da Excelsa Corte:

[...]

A essência do processo penal consiste em permitir ao acusado o direito de defesa. A presença do acusado na audiência judicial está compreendida no direito à ampla defesa protegido constitucionalmente (art. 5.º, LV, da Constituição Federal).

4. Como consectário da ampla defesa, de rigor a requisição do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusado preso para participar de audiência de instrução perante o Juízo processante, sob pena de nulidade do ato.

5. Circunstâncias especiais do caso, especialmente a regular intimação do defensor da data designada para a realização do ato, a nomeação de advogado dativo e a ausência de prejuízo efetivo, que não autorizam, como exceção, o reconhecimento da nulidade.

6. Inviável a análise da irresignação relativa à dosimetria da pena, controvérsia não debatida pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância, em afronta às normas constitucionais de competência. Precedentes.

7. Ordem denegada. Determinada a imediata reatuação do feito com a inserção do nome completo do paciente.

(HC n. 103.971/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, 1ª T., DJe de 24/9/2012).

Habeas Corpus. 2. Alegada nulidade do processo - desde o interrogatório do paciente -, dado que não teria sido respeitado o seu direito de presença à audiência de inquirição de testemunhas. 3. Advogado constituído que esteve presente à audiência. 4. Hipótese de nulidade relativa. Precedentes. Não comprovação do prejuízo pela defesa. 5. Constrangimento não configurado. 6. Ordem denegada.

(HC n. 95.654/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 1ª T., DJe de 14/10/2010)

Como visto, a orientação emanada das Cortes Superiores impõe a aplicação da regra segundo a qual "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa" (CPP, art. 563, *caput*).

III.

Na lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, "predomina hoje em dia o sistema da instrumentalidade das formas em que se dá mais valor à finalidade pela qual a forma foi instituída e ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal." (*As nulidades no processo penal*, p. 27, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001).

Nesse diapasão, a demonstração do prejuízo – que em alguns casos de nulidade absoluta, por ser evidente, pode decorrer de simples raciocínio lógico do julgador – é reconhecida pela jurisprudência atual como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

essencial tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta, consoante retrata textualmente o seguinte julgado do **Supremo Tribunal Federal**:

[...]

III – Este Tribunal assentou o entendimento de que a **demonstração de prejuízo**, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie).

[...]

V - Ordem denegada.

(HC 122229, Relator Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**, 2ªT, DJe de 29/5/2014, destaquei.)

Nesse mesmo sentido, colaciono precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

4. Conforme orientação jurisprudencial atual, o reconhecimento de mácula que implique a anulação de ato processual exige a demonstração do prejuízo mesmo quando se tratar de nulidade absoluta. Precedentes.

[...]

(AgRg no REsp 1198354/ES, Rel. Ministro **JORGE MUSSI**, 5ª T., DJe de 28/10/2014)

[...]

3. O reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige, tanto para nulidade relativa quanto para nulidade absoluta, a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, o que, todavia, não foi nem mesmo abordado na peça inicial do writ.

[...]

(AgRg no HC 280.115/PA, Rel. Ministra **LAURITA VAZ**, 5ª T., DJe 02/09/2014)

[...]

2. Considerando que tanto nos casos de nulidade relativa como nos casos de nulidade absoluta é imprescindível a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, a adoção de procedimento incorreto só poderia ter o condão de macular o andamento da ação penal caso restasse demonstrada a extensão do dano efetivamente suportado pelo réu, ônus do qual não se desincumbiu o Recorrente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Recurso desprovido.

(RHC 46.792/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, 5ª T., DJe de 2/9/2014)

[...]

1. No sistema da instrumentalidade das formas, adotado pelo Código de Processo Penal, as nulidades devem ser alegadas no momento oportuno e, para que o ato processual seja reconhecido como nulo, é imprescindível a demonstração de prejuízo da parte.

2. A demonstração do prejuízo - que em alguns casos, por ser evidente, pode decorrer de simples procedimento lógico do julgador - é reconhecida pela jurisprudência atual como essencial tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta, consoante julgados do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

[...]

(HC 259.657/PR, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe de 4/9/2014)

[...]

A teor do art. 563, do Código de Processo Penal, que positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief* -, tanto o reconhecimento de nulidade absoluta quanto o de nulidade relativa pressupõe demonstração de concreto prejuízo.

[...]

(RHC 29.819/SC, Rel. MINISTRA LAURITA VAZ, 5ª T., DJe de 27/9/2013)

IV.

Sob essas premissas, verifico que, apesar de a defesa ter suscitado a nulidade na própria ata da audiência – na primeira oportunidade em que teve para se manifestar nos autos –, não se desincumbiu do ônus de demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo para o paciente.

Ainda que, repito, em alguns casos, o prejuízo à garantia constitucional da ampla defesa, que também compreende a autodefesa, possa ser aferido mediante simples procedimento lógico do julgador, no caso concreto, a meu ver, a ausência do réu para a busca da verdade real não lhe trouxe prejuízo relevante.

Com efeito, o juiz natural da causa e o Tribunal de origem destacaram que **a vítima não presenciou os fatos e pediu para depor na ausência do réu**. Consta do termo da audiência que ela apenas informou que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"deixou o carro estacionado na via pública e devidamente trancado. Quando saiu da faculdade viu que o carro não estava no local. [...] Não presenciou a subtração e não conhece o acusado"(fl. 57). **A condenação do réu, por sua vez, não está lastreada na palavra da vítima, pois o sentenciante deixou claro que esta "nada acrescentou que pudesse esclarecer a autoria.** Apenas confirmou que o seu carro efetivamente foi furtado" (fl. 11).

Assim, ante a inexistência de prejuízo concreto para o acusado, não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida nesta via.

V.

À vista do exposto, não conheço do *writ*, por ser substitutivo de recurso ordinário, e, analisando o seu teor, não constato a presença de coação ilegal que me leve a conceder a ordem, de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0117978-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 294980 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00552712920098260050 05527172009 12012010 20130000283801 552712920098260050
5527172009

EM MESA

JULGADO: 04/12/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FLÁVIA QUINTAES LOUVAIN COELHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO TEIXEIRA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.