



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.145 - ES (2012/0248950-5)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : ELÍSIO DE OLIVEIRA LOPES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : HULY DA LUZ SANTOS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DEFESA TÉCNICA. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 523/STF. DILIGÊNCIA NA ATUAÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NÃO COMPARECIMENTO DA RÉ PRESA NA AUDIÊNCIA DE INQUIRição DAS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. ANUÊNCIA E PARTICIPAÇÃO DA DEFENSORA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PREJUÍZO. FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS PELO JUIZ. OFENSA AO ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Ressalvada pessoal compreensão pessoal diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Apenas a ausência de defesa técnica, ou situação a isso equiparável, com prejuízos demonstrados ao acusado, é apta a macular a prestação jurisdicional, na forma da Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal: *No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*
3. *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).*
4. Assim, a despeito das alegações aventadas pela impetrante, não há como reconhecer, nesta via estreita do *habeas corpus*, a ocorrência de prejuízo causado à ré, uma vez que a Defensora Pública participou da audiência de oitiva, inclusive anuindo com a sua realização sem a presença da acusada.
5. Consoante consignado na ata da audiência, foi oportunizada à acusação e à defesa a formulação de perguntas às testemunhas. Ademais, este Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimentos segundo os quais: a) suposta inobservância do que disposto no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

212 do CPP é causa de nulidade relativa, de modo que necessária a efetiva demonstração do prejuízo, b) é necessária a impugnação do ato no momento oportuno, sob pena de se considerar ausente o prejuízo necessário a configurar a nulidade; c) a inovação legislativa não retirou do juiz a possibilidade de formulação de perguntas às testemunhas, de modo a complementar a inquirição.

6. Constrangimento ilegal não verificado.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

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, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 05 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.145 - ES (2012/0248950-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADVOGADO : ELÍSIO DE OLIVEIRA LOPES - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : HULY DA LUZ SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de HULY DA LUZ SANTOS – condenada à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 64 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Código Penal –, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que não conheceu da ordem impetrada quanto ao pedido de nulidade do processo, e a denegou quanto ao requerimento de recurso em liberdade.

Sustenta a impetrante, em síntese, nulidade absoluta da Ação Penal 024.12.006109-8, a) por ofensa ao princípio da ampla defesa, eis que a paciente não presenciou a colheita da prova oral, durante os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela acusação, infringindo a Súmula 523 do STF; b) por ofensa ao devido processo legal, ante o comprometimento do princípio da imparcialidade, haja vista a formulação de perguntas somente pelo Juiz de 1º Grau, descumprindo o disposto no art. 212 do CPP.

Alega deficiência da Defesa, a qual *não poderia concordar com a ausência da Paciente se aquele era o ÚNICO momento para a Defensora Pública conhecer os argumentos, justificações, enfim fazer a "entrevista reservada" da Paciente e FRISE-SE que a Paciente permaneceu CALADA durante o interrogatório policial (fls. 07), OU SEJA, A DEFESA EM NENHUM MOMENTO FICOU SABENDO DA POSSÍVEL VERSÃO DA PACIENTE* (fl. 3). Ressalta o dever da Defesa de ser efetiva e não apenas formal.

Destaca ser evidente o prejuízo, em razão da sentença condenatória proferida nos autos da ação penal.

Requer seja determinado o conhecimento e julgamento do *Habeas corpus* impetrado perante o Tribunal *a quo*, sob os fundamentos das nulidades apontadas, e ainda, o direito de a paciente recorrer em liberdade, em face das nulidades ocorridas durante a instrução processual.

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 206/207.

O Ministério Público Federal ofertou parecer, às fls. 255/270, pelo não conhecimento do *writ*.

Consoante informações prestadas pela autoridade coatora, constata-se que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente encontra-se, desde 30/1/2013, em cumprimento da pena no regime aberto (fl. 286).
É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 260.145 - ES (2012/0248950-5)

VOTO

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

Insurge-se o impetrante em face de acórdão que não conheceu do *habeas corpus* na origem sob os seguintes fundamentos (fls. 183/194):

[...] Conforme relatado, trata-se de ordem de Habeas Corpus, com pedido expresse de liminar, impetrada em favor de HULY DA LUZ SANTOS, face a possível constrangimento ilegal cometido pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Vitória, apontado como Autoridade coatora.

Consta do presente Writ que a audiência de instrução e julgamento designada para o dia 05.05.2012 fora realizada sem a presença da Paciente.

Alegou, ainda, o impetrante que na audiência designada para o dia 05.06.2012, somente o Magistrado a quo formulou perguntas às testemunhas presentes, bem como à Paciente.

Por fim, alegou que a Paciente fora condenada pela prática da conduta delituosa tipificada no art. 157, §2º, II, do CP, tendo sido fixado como regime de cumprimento o semiaberto, bem como negado o direito da Paciente de recorrer em liberdade.

Irresignado, pugna o douto Defensor Público, ora Impetrante às fls. 02/48, pela nulidade absoluta nos autos da Ação Penal n' 024.12.006109-8, a partir da audiência de instrução e julgamento realizada na data de 08.05.2012 e, via de consequência, a expedição de alvará de soltura, aduzindo em síntese: (i) a ofensa ao princípio da ampla defesa, eis que a Paciente não presenciou a colheita da prova oral contra si, infringindo assim, o disposto na Súmula 523, do STF; (ii) a ofensa ao devido processo legal ante o comprometimento do princípio da imparcialidade, haja vista que na audiência realizada no dia 05.06.2012, somente o Magistrado de 1º grau formulou perguntas, descumprindo, assim, o disposto no art. 212, do CPP, ocorrendo, portanto, suposto error in procedendo; (iii) a ofensa ao princípio da ampla defesa face o descumprimento do art. 203, do CPP, pois o magistrado realizou a leitura dos depoimentos colhidos na esfera policial antes de inquirir as testemunhas, devendo, assim, ser determinado o desentranhamento e destruição de toda a prova oral realizada" nas audiências.

Pugna, ainda, na remota hipótese de não se considerar a nulidade aventada, pela concessão do direito da Paciente de recorrer em liberdade, haja vista a total ausência de fundamentação na decisão que negou tal direito.

Em acurada análise dos fundamentos da impetração e de toda a documentação carreada ao bojo dos autos, entendo que não merece ser conhecido o presente mandamus, quanto ao pedido de que seja declarado nulo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o processo, em razão das nulidades apontadas pelo Impetrante, conforme considerações a seguir aduzidas.

Necessário se faz a transcrição de trechos das informações prestadas pela Autoridade Judiciária apontada como coatora, fls. 129/130, in verbis:

[...]

No caso dos autos, verifica-se que as implicações referentes ao processo de origem foram objetos próprios da análise de recurso de Apelação Criminal.

Cumpre ressaltar que não está se dizendo que a matéria aqui ventilada não pode ser objeto da via eleita, mas que quando há a impetração das mesmas razões no Recurso de Apelação, para se evitar decisões contraditórias nos meios utilizados como impugnação, o presente writ, quanto ao pedido de nulidades não poderá ser conhecido.

[...]

Assim, com a interposição do Recurso de Apelação, onde foram suscitados os mesmos fundamentos expostos no presente mandamus, entendo que ocorreu a perda superveniente do interesse, devendo este órgão julgador deixar de conhecer o pedido de nulidade do processo originário.

Outro não é o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme transcrição do acórdão que segue:

[...]

À luz do exposto, em consonância com a Douta Procuradoria de Justiça, NÃO CONHEÇO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO quanto ao pedido de que seja declarado nulo o processo de origem e DENEGO A ORDEM, quando ao requerimento da Paciente de recorrer em liberdade.

Não vislumbro constrangimento ilegal decorrente do julgado impugnado, porquanto, em caso de concomitância de impetração do writ com a interposição do apelo nobre, este último merece ser objeto de exame, diante de sua ampla devolutividade.

Desse modo, a discutida nulidade deve ser examinada pelo Tribunal local, na via da apelação já interposta, ocasião em que terá a matéria adequado tratamento, reservando-se o *habeas corpus* para soluções de urgência notadamente no tema da liberdade.

Nessa linha, entende esta Corte que o recurso de apelação detém efeito devolutivo amplo, cujo âmbito de cognição permite que o Tribunal "ad quem" examine, com profundidade, todo o conjunto probatório colhido durante a instrução criminal. Assim, em princípio, a apelação é a via processual adequada para a impugnação de sentença condenatória recorrível, pois é esse recurso que devolve ao Tribunal o conhecimento amplo de toda a matéria dos autos, permitindo a reapreciação de fatos e de provas. (RHC 47.188/RJ, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª T, julgado em 19/3/2015, DJE de 30/3/2015). Ainda, temos os seguintes precedentes desta Corte acerca do tema:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DEFICIÊNCIA NA DEFESA PRELIMINAR. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO CRIMINAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. NOVO TÍTULO A RESPALDAR A CUSTÓDIA DO RÉU. ORDEM DENEGADA.

I. Na hipótese, há registro no sítio eletrônico do Tribunal a quo da tramitação de apelação criminal - instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que os Tribunais estaduais reexaminem os fundamentos da condenação criminal e eventual nulidade ocorrida na tramitação do feito. O exame do presente writ acarretaria, à evidência, uma circunstância reveladora de certo desprestígio das instâncias institucionais de julgamento em Segundo Grau de Jurisdição.

II. Eventual concessão da ordem aqui pleiteada poderia acarretar na perda do objeto do recurso em trâmite na Corte de origem, este sim instrumento processual legalmente previsto no ordenamento jurídico para análise das irresignações trazidas na presente impetração.

III. Após o julgamento do inconformismo aos termos da sentença de primeiro grau, outros aspectos podem ser levantados pela Corte estadual no julgamento colegiado, ampliando o leque de matérias a serem trazidas ao âmbito de apreciação neste Superior Tribunal de Justiça e ainda no Supremo Tribunal Federal.

IV. Em atenção ao disposto na Súmula n.º 523/STF, não estando explicitada a ocorrência de nulidade absoluta, a qual, caso evidenciada, resultaria na concessão da ordem de ofício, não há que se falar em ilegalidade sanável na via do habeas corpus, porquanto a matéria, no momento, pode ser eventualmente questionada nas vias ordinárias de recurso.

V. Proferido decreto condenatório, outro título está a respaldar a restrição da liberdade do réu, o qual deve ser examinado antes na instância ordinária, sob pena de indevida supressão de instância.

VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

(HC 203.899/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 17/11/2011, com destaque).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONCOMITANTE A APELAÇÃO. CRIMES CONTRA HONRA. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. WRIT QUE VISA A INÉPCIA DA DENÚNCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA PARA ACUSAÇÃO. NULIDADES ATINENTES À PROVA QUE EMBASA O ÉDITO CONDENATÓRIO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e, em louvor à lógica do sistema recursal.

2. In casu, foi impetrada a ordem originária na concomitância de apelação interposta contra a sentença condenatória. Inviabilidade não só desta via, substitutiva de recurso ordinário, mas também do primeiro habeas corpus, manejado como sucedâneo recursal, em substituição ao que será ainda decidido no recurso apelatório.

3. O trancamento da ação penal somente é possível em habeas corpus quando se demonstra, de plano, falta de higidez formal (inépcia da denúncia) e material (justa causa) da acusação.

4. Descabimento do writ, na espécie, pois, quando da sua impetração, já havia sentença condenatória, submetida ao crivo do Tribunal de origem, por meio de apelação.

5. Ausência de ilegalidade flagrante, apta a fazer relevar a impropriedade do habeas corpus.

6. Writ não conhecido.

(HC 278.146/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 20/11/2013, com destaque).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. INTERPOSIÇÃO CONCOMITANTE DE RECURSO DE APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada a simples pretensão de reforma.

2. A Corte de origem não adentrou ao mérito do mandamus ali impetrado em razão da interposição concomitante de recurso de apelação, ainda pendente de julgamento, não havendo falar em constrangimento ilegal a ser sanado por esta via. A matéria ora ventilada será objeto de discussão e análise pelo Tribunal a quo por ocasião do julgamento do apelo defensivo, dotado de efeito devolutivo amplo, de sorte que o caso em testilha não comporta a concessão da ordem de ofício para que a autoridade apontada como coatora julgue o mérito do remédio heroico lá impetrado.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RHC 53.487/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/02/2015, com destaque).

Correto o Tribunal, portanto, no que toca ao não conhecimento da impetração na origem, diante da pendência de julgamento do recurso de apelação, apresentado em face da mesma sentença condenatória.

De mais a mais, ao compulsar os autos, constata-se que, em 7/11/2012, dias antes da presente impetração, que se deu em 20/11/2012, o Tribunal de Justiça julgou a apelação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interposta pela Defesa em face da sentença de primeira instância, de modo que, a despeito do não conhecimento do writ, aquela Corte analisou a questão ora suscitada por ocasião do julgamento do apelo nobre.

No exame da referida Apelação interposta pela Defesa, o Tribunal assim consignou (sítio eletrônico do TJES - Apelação n. 0006109-42.2012.8.08.0024):

[...] Analisando os autos, verifico que não merece acolhimento as fundamentações expostas nos autos, tendo em vista que a Súmula 523, do STF estabeleceu que no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo ao réu.

Ora, da simples leitura dos autos, é possível extrair que em todo o procedimento, a recorrente estava devidamente assistida pela Defensoria Pública, tendo o laborioso órgão apresentado defesa preliminar (fl. 52), alegações finais (fls. 87/89), as presentes razões recursais (fls. 107/137), habeas corpus (fls. 143/189).

Cumpre, ainda, salientar que nas duas audiências realizadas (fls. 61/63 e fls. 75/77), a Defensora Pública presente em ambos atos, foi suscitada a manifestar-se se concordava em fazer a primeira audiência na ausência da recorrente, manifestando-se com a anuência.

Ora, agora em sede recursal vem aludir que há nulidade nos autos por ato que anteriormente concordou. Tal fato, a meu ver, caracteriza manifesta contradição em seu proceder.

Desta forma, além de não haver qualquer falta de defesa, também não há sequer deficiência.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça já proferiu decisão que em caso de ausência do réu na audiência de instrução a demonstração de prejuízo faz-se-á necessária, senão vejamos:

[...]

Tangenciando o assunto à luz do Texto Constitucional, cumpre destacar que no atual modelo penal adota-se o sistema acusatório, evidenciando-se como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, em harmonia com os princípios da paridade de armas, igualdade e contraditório.

Neste cenário, o magistrado assume função subsidiária na produção das provas, cumprindo à iniciativa da acusação carrear aos autos os elementos necessários para constituição dos fatos deduzidos no processo acerca do desvalor da ação e, à defesa, circunstâncias que excluam o crime.

A fim de adaptar o Código de Processo Penal, cuja redação remonta o ano de 1941, a esse novo sistema constitucional, o poder legiferante, por meio dos contornos delineados pela Lei n. 11.690, publicada em 9 de junho de 2008, atribui nova redação ao artigo 212 do estatuto processual penal, estabelecendo:

“Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já Respondida.

Verifica-se, portanto, que o acórdão proferido pelo Tribunal encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior, uma vez que apenas a ausência de defesa técnica, ou situação a isso equiparável, com prejuízos demonstrados ao acusado, é apta a macular a prestação jurisdicional, na forma da Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal: *No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*

No exame dos autos, porém, constata-se a participação da Defensora Pública em todos os atos do processo, não se podendo, portanto, afirmar que teria atuado de forma desidiosa ou negligente.

Da mesma forma, no que toca à alegação de deficiência em razão da anuência de realização da audiência de oitiva das testemunhas sem a presença da acusada, não há falar em evidências aptas a ensejar a declaração de nulidade processual.

Nessa linha, o seguinte precedente:

[...] DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADVOGADO CONSTITUÍDO. DILIGÊNCIA NA ATUAÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta da ação penal, sendo certo que eventual alegação de sua deficiência, para ser apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, tratando-se, pois, de nulidade relativa. Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Não se pode qualificar como defeituoso o trabalho realizado pelo advogado contratado pelo paciente, pois atuou de acordo com a autonomia que lhe foi conferida por ocasião da habilitação ao exercício da advocacia, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei 8.906/1994.

3. Diante de um insucesso, para o crítico sempre haverá algo a mais que o causídico poderia ter feito ou alegado, circunstância que não redunde, por si só, na caracterização da deficiência de defesa, a qual, conforme salientado, depende da demonstração do prejuízo para o acusado, não verificado na hipótese.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 268.496/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 10/09/2014), com destaques.

Pontifique-se, ainda, que a impetrante não demonstrou o efetivo prejuízo causado pela **suposta ausência de deficiência técnica**, o que exigível na hipótese. Assim, não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verifica ausência ou deficiência de defesa, motivo pelo qual não se pode falar em nulidade.

Quanto ao pedido de reconhecimento da nulidade em razão da não participação da ré na audiência de oitiva das testemunhas, 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, recentes precedentes 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, DJe 10/09/2015), com destaques.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. RÉU PRESO. NÃO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. NULIDADE AFASTADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

1. Ressalvada pessoal compreensão pessoal diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Conforme precedentes desta Corte, a devida presença do réu à oitiva de testemunhas, não gera nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo.

3. Não demonstrado prejuízo ao paciente, tendo a sentença inclusive valorado maior acervo probatório do que as impugnadas testemunhas, o habeas corpus não é conhecido.

(HC 294.957/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 22/08/2014), com destaques.

Consta do termo de audiência (fl. 86) que ausente a acusada, apesar de devidamente requisitada à SPP, **porém sua advogada concordou em fazer a audiência na sua ausência.**

Assim, a despeito das alegações aventadas pela impetrante, não há como reconhecer, nesta via estreita do *habeas corpus*, a ocorrência de prejuízo causado à ré, uma vez que a Defensora Pública encontrava-se na audiência de oitiva, inclusive anuindo com a sua realização sem a presença da acusada. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. INAPLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. PACIENTE PRESO EM 22.03.2013. INOCORRÊNCIA. DEMORA JUSTIFICÁVEL DO FEITO. TRAMITAÇÃO COMPREENDIDA COMO REGULAR. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE REQUISIÇÃO DE RÉU PRESO PARA ACOMPANHAR OUVIDA DE TESTEMUNHA. EFETIVO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

[...]

X - Tendo em vista que não houve demonstração de prejuízo efetivo sofrido pelo Paciente em razão da sua ausência às audiências para ouvida de testemunhas, uma vez intimado o respectivo defensor para acompanhar a colheita da prova, não há falar em nulidade processual. Precedentes.

XI - Habeas corpus não conhecido.

(HC 286.720/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 02/05/2014), com destaques.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, assinale-se que o art. 565 do Código de Processo Penal enuncia que *nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse*. Na espécie, considerando que a Defensoria Pública, presente à audiência, concordou com a sua realização, não há falar em nulidade. Quanto ao tema:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA. CONTINUIDADE DELITIVA. 1. CAUSÍDICOS CONSTITUÍDOS. RETENÇÃO DOS AUTOS POR QUASE UM ANO POR UM DOS PATRONOS. NÃO APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. RÉUS INTIMADOS. DECLINAÇÃO DE NOVÉIS CAUSÍDICOS. AUSÊNCIA. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. POSSIBILIDADE. 2. MANIFESTAÇÃO DA ADVOGADA OUTRORA CONSTITUÍDA. INTIMAÇÃO PARA A JUNTADA DE NOVEL INSTRUMENTO PROCURATÓRIO. INÉRCIA. 3. RETRILHAR PROCESSUAL. OCORRÊNCIA. 4. ACUSADOS ASSISTIDOS POR DEFENSOR NOMEADO. PROCEDER. INEXISTÊNCIA DE DESDOURO. ALEGAÇÕES FINAIS E RAZÕES DE APELAÇÃO APRESENTADAS. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. 5. ESCORREITO TRÂMITE PROCESSUAL. INCIDÊNCIA. 6. PREJUÍZO CONCRETO. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. 7. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA: PROIBIÇÃO DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. 8. ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. 9. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

4. De se notar que os réus que foram satisfatoriamente assistidos pelo defensor nomeado, que ofertou as alegações finais e as razões de apelação, defendendo as teses de absolvição por negativa de autoria e insuficiência probatória.

5. Verifica-se, portanto, o escorreito trâmite processual, com o exercício da defesa do réu, norteado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

6. Ademais, não se logrou êxito na comprovação do prejuízo, tendo somente sido suscitada genericamente a matéria, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief.

7. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do venire contra factum proprium (proibição de comportamentos contraditórios). Assim, diante de um tal comportamento sinuoso, não dado é reconhecer-se a nulidade.

8. Os ditames da boa-fé objetiva, especificamente, o tu quoque, encontra ressonância no artigo 565 do Código de Processo Penal, ao dispor que não cabe a arguição de nulidade pela própria parte que lhe deu causa ou que tenha concorrido para a sua existência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9. *Recurso a que se nega provimento.*

(RHC 63.622/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 22/10/2015), com destaques.

Por fim, acerca da alegação de ofensa ao devido processo legal, haja vista a formulação de perguntas somente pelo Juiz de 1º Grau, descumprindo o disposto no art. 212 do CPP, consta dos termos de audiência (fls. 86/90):

*[...] Aberta a audiência, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela acusação. **DADA A PALAVRA AO MINISTÉRIO PÚBLICO: "que nada perguntou"**, esta foi efetivamente oportunizada ao final do ato, e após, à defesa. [...]*

E no termo de depoimento (fl. 89):

*[...] **DADA A PALAVRA AO MINISTÉRIO PÚBLICO, nada perguntou. DADA A PALAVRA À DEFENSORA PÚBLICA, nada perguntou. ÀS PERGUNTAS DO MM JUIZ, respondeu: (...) [...].***

Não se vislumbra qualquer vício na realização da audiência.

De pronto, porque, consoante consignado na ata da audiência, foi oportunizada à acusação e à defesa a formulação de perguntas às testemunhas. Em segundo plano, porque este Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimentos segundo os quais: a) a suposta inobservância do que disposto no art. 212 do CPP é causa de nulidade relativa, de modo que necessária a efetiva demonstração do prejuízo, b) é necessária a impugnação do ato no momento oportuno, sob pena de se considerar ausente o prejuízo necessário a configurar a nulidade; c) a inovação legislativa não retirou do juiz a possibilidade de formulação de perguntas às testemunhas, de modo a complementar a inquirição. Quanto ao tema:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. OITIVA DE TESTEMUNHAS. VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E DO IMPULSO OFICIAL. NULIDADES RELATIVAS. NÃO ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP).

2. As modificações introduzidas pela Lei n.º 11.690/08, ao art. 212 do Código de Processo Penal, não retiraram do juiz a possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

formular perguntas às testemunhas, a fim de complementar a inquirição, na medida em que a própria legislação adjetiva lhe incumbe do dever de se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos (princípio da verdade real e do impulso oficial), o que afasta o argumento de violação ao sistema acusatório.

3. Eventual inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa, sendo necessário para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo, o que não ocorreu, uma vez que, presente em audiência, o causídico não suscitou o vício no decorrer das oitivas, tampouco nas alegações finais, não logrando demonstrar qual o prejuízo causado ao réu.

4. Recurso especial provido para excluir a nulidade reconhecida pelo Tribunal a quo e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos a fim de que se prossiga no julgamento do mérito do apelo.

(REsp 1348978/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 17/02/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO MATERIALMENTE E IDEOLOGICAMENTE FALSO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INTIMAÇÃO DA DEFESA DA EXPEDIÇÃO DAS CARTAS PRECATÓRIAS PARA OITIVA DAS TESTEMUNHAS. SÚMULA 273/STJ. OFENSA AO ART. 212 DO CPP NÃO DEMONSTRADA. INVERSÃO DA ORDEM DAS PERGUNTAS. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. SÚMULA 231/STJ. PRETENSÃO DE COMPENSAR A ATENUANTE DA CONFISSÃO COM ACRÉSCIMO DECORRENTE DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA. FALTA DE AMPARO LEGAL. INVERSÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO. ABSOLVIÇÃO E RECONHECIMENTO DE ATENUANTES EXPRESSAMENTE AFASTADAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal tem entendido que, para a configuração do crime previsto no art. 304 do Código Penal, a perícia pode ser dispensada, na hipótese de outros elementos serem suficientes para embasar o reconhecimento da falsidade do documento e do uso de documento falso.

2. Nos termos do enunciado 273 da Súmula desta Corte, intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado.

3. Não há falar em ofensa ao art. 212 da Lei Adjetiva Penal, uma vez que, embora a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquirição das testemunhas, a não observância dessa regra, acarreta, no máximo, nulidade relativa, sendo necessária, ainda, a demonstração de efetivo prejuízo (pas de nullité sans



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grief), por se tratar de mera inversão, visto que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar perguntas, ainda que subsidiariamente, para a busca da verdade (RHC 38.435/SP, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, 6ª Turma, Dje 15/05/2014).

4. A inquirição de testemunha pelo Juiz, na forma do art. 209 do Código de Processo Penal, não foi abolida e decorre do princípio da busca da verdade real, vigente no processo penal (RHC 46.259/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJe 7/8/2015).

[...]

9. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 206.656/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/11/2015), com destaques.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0248950-5

HC 260.145 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1452012 2411120267507 24120061098 25210220128080000 682012 89282012

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : ELÍSIO DE OLIVEIRA LOPES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : HULY DA LUZ SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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 Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.