



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.762 - RS (2010/0212602-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : CESAR PERES E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DEIVID WEBER GONÇALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. TESES DEFENSIVAS DE INOCÊNCIA E DE FALTA DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE TER SIDO A SENTENÇA CONDENATÓRIA BASEADA EM CONFISSÃO EXTRA JUDICIAL QUE NÃO SE EVIDENCIA DE PLANO. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS APTAS A EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. VERIFICAÇÃO DOS TELEFONES CELULARES DOS RÉUS. TESE DE NULIDADE. PRECLUSÃO. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. As provas produzidas na fase de inquérito podem servir de instrumento para a formação da convicção do Juiz, desde que restem confirmadas por outros elementos colhidos durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório, como no caso.

2. A condenação não está fundamentada apenas na confissão da Paciente, colhida ainda na fase do inquérito policial e retratada em Juízo, mas se amparou também na prova testemunhal produzida durante a instrução, sob a garantia do contraditório.

3. A verificação dos telefones móveis dos acusados, que comprovou que eles se conheciam e comunicavam, ocorreu na presença da Defesa do Paciente, que não se opôs à produção da prova. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do Código de Processo Penal, não há como reconhecer nulidade de prova que, ademais, não foi arguida no momento oportuno.

4. Ordem de *habeas corpus* denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.762 - RS (2010/0212602-0)

IMPETRANTE : CESAR PERES E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DEIVID WEBER GONÇALVES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de DEIVID WEBER GONÇALVES, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Narram os autos que o MM Juiz de Direito da 1.^a Vara Criminal da Comarca de Gravati/RS condenou o ora Paciente como incurso no crime de roubo triplamente qualificado, à pena de 06 anos de reclusão, em regime semiaberto.

A Corte gaúcha deu parcial provimento ao recurso de apelação defensivo para, reconhecendo a tentativa, reduzir a pena carcerária definitiva do réu para 03 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto.

Sustenta o Impetrante, no presente *writ*, inicialmente, desrespeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal porque o Paciente foi condenado com base, apenas, em sua confissão extra-judicial e em verificação ilegal efetuada nos aparelhos de telefonia celular dos acusados.

Defende, ainda, nulidade no acórdão proferido pela Corte gaúcha, por ausência de intimação da Defesa da sessão de julgamento.

Pugna, assim, pela concessão da ordem para "*determinar sejam expungidas do processo a suposta 'confissão' e a ilegal 'perícia' - provas ilícitas -, decretando a absolvição do réu, haja vista ser a condenação embasada exclusivamente nelas*" (fl. 13). Alternativamente, requer a anulação do julgamento no Tribunal *a quo*, para que novo seja realizado com prévia intimação da Defesa.

Por meio da petição de fls. 107, o Impetrante pediu a desconsideração do segundo ponto da inicial, porque "*afirmou que a defesa não houvera sido intimada para a sessão de julgamento. Entretanto, melhor verificando, tal irregularidade não ocorreu.*"

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 109/162, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 166/171, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.762 - RS (2010/0212602-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. TESES DEFENSIVAS DE INOCÊNCIA E DE FALTA DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE TER SIDO A SENTENÇA CONDENATÓRIA BASEADA EM CONFISSÃO EXTRA JUDICIAL QUE NÃO SE EVIDENCIA DE PLANO. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS APTAS A EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. VERIFICAÇÃO DOS TELEFONES CELULARES DOS RÉUS. TESE DE NULIDADE. PRECLUSÃO. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. As provas produzidas na fase de inquérito podem servir de instrumento para a formação da convicção do Juiz, desde que restem confirmadas por outros elementos colhidos durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório, como no caso.

2. A condenação não está fundamentada apenas na confissão da Paciente, colhida ainda na fase do inquérito policial e retratada em Juízo, mas se amparou também na prova testemunhal produzida durante a instrução, sob a garantia do contraditório.

3. A verificação dos telefones móveis dos acusados, que comprovou que eles se conheciam e comunicavam, ocorreu na presença da Defesa do Paciente, que não se opôs à produção da prova. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do Código de Processo Penal, não há como reconhecer nulidade de prova que, ademais, não foi arguida no momento oportuno.

4. Ordem de *habeas corpus* denegada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Informam os autos que o Paciente e três corréus foram denunciados como incurso no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, nos autos da ação penal n.º 2.08.0003514-5, perante a Comarca de Gravataí/RS.

Consoante narrativa da denúncia, o Paciente apoiou moral e materialmente a prática de roubo a estabelecimento comercial, uma vez que se utilizando de um automóvel levou dois de seus comparsas ao local do crime e os aguardou no interior do automóvel, com o terceiro, para juntos empreenderem fuga do local com a *res furtivae*.

Afirma a exordial que após a prisão em flagrante dos autores materiais do crime, estes informaram aos Policiais Militares a participação e localização do Paciente, motivo pelo qual também foi preso, no interior do veículo, com o motor do referido ligado, pronto para empreender fuga do local.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte gaúcha, em sede de *habeas corpus*, determinou a cisão do feito, com a reabertura da instrução em relação ao Paciente, para que fosse inquirida uma testemunha arrolada pela sua Defesa.

Encerrada a instrução, a MM Juíza de primeiro grau julgou procedente a acusação, condenando o Paciente nos termos da denúncia, com a seguinte fundamentação:

"A existência dos fatos restou caracterizada, segundo Ocorrência Policial, fls. 75/81; Autos de Apreensão, fls. 82/86; Auto de Restituição, fl. 161; Auto de Avaliação Indireta, fl. 164; Auto de Constatação de Funcionamento de Arma, fl. 165; Laudo Pericial, fls. 271/272; e demais provas carreadas nos autos.

A autoria é indubitosa.

O réu **DEIVID WEBER GONÇALVES**, fls. 242/249, quando interrogado em Juízo, negou as acusações. Contou que estava levando um veículo de cliente à oficina, quando resolveu parar o veículo e foi surpreendido pelos policiais. Foram abordados e informados de que havia acontecido um assalto e seriam os responsáveis. Disse-lhes que estava trabalhando e não havia nenhuma relação com o ilícito. Estavam estacionados cerca de 500 metros da loja vitimada. Não conhece os réus Jeferson e Renato. Acredita que esteja sendo acusado devido a inimizade dos policiais, que talvez não gostem do interrogando, por motivos que desconhece. Respondeu a um procedimento junto com o réu Cristiano, de quem é sócio na oficina mecânica. Não usava celular no momento em que foi preso.

[...]

Ainda que Jeferson e Renato tenha confessado a prática do ilícito, também o conjunto probatório confirmou a execução do delito de **roubo majorado pelo emprego de arma e em concurso de agentes e com restrição da liberdade das vítimas também pelo réu Deivid**. Senão vejamos.

A vítima **TÂNIA TEREZINHA GUERRA DA SILVA**, fls. 307/313, relatou que um dos indivíduos "calçou" a vendedora Michele com um revólver. O outro, rapidamente, dirigiu-se até o balcão - onde encontrava-se a declarante - e a imobilizou com uma fita tipo "crepe" prateada. Amarraram os pés e as mãos de Michele. Amarraram somente as mãos da depoente, sendo que as colocaram deitadas de bruços no chão, atrás do balcão. No momento em que os assaltantes saíam pela porta da loja foram surpreendidos pela Brigada Militar, a qual efetuou a prisão de ambos. A ação criminosa durou entre dez e quinze minutos. Reconheceu os réus Jeferson e Renato como sendo os indivíduos que assaltaram sua loja, mas não pôde afirmar com certeza.

A vítima **MICHELE BIANCKI MARTENINGHE**, fls. 316/322, trabalhava como vendedora na "Loja Vilú". No dia dos fatos, dois indivíduos entraram na loja e renderam a depoente e Tânia, proprietária do referido estabelecimento comercial. Imobilizaram-nas. Foram amarradas com "fita crepe" nos braços e pernas. Ficaram deitadas no chão, atrás do balcão.

A testemunha **TERESA WESTPHALEN BRIZOLLA DA SILVA**, fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

323/325, informou que trabalhava como empregada doméstica para Rodrigo, filho da proprietária da loja. No momento da ação delituosa, estava na parte dos fundos da loja, sendo que, ao perceber o roubo pelo circuito interno de TV, efetuou uma ligação para Vilmar, marido da proprietária. A depoente permaneceu na parte dos fundos, sem ser vista pelos agentes.

O proprietário do automóvel Fiat/Palio, MARCO ANTÔNIO HOFFMANN MARTINS, fls. 326/339, em torno das 8 horas do dia dos fatos, deixou seu veículo na oficina dos réus Cristiano e Deivid para consertar o freio. Informou que seu carro realmente possuía problema de aquecimento no motor, sendo que pediu aos réus Cristiano e Deivid para resolverem tal problema também. Porém, disse que, quando o motor esquentava, nunca precisou parar e esperar esfriar, vez que o veículo ficava somente acelerado. Não autorizou os réus a saírem com seu automóvel da oficina, contrariamente ao que alegaram os acusados.

Da mesma forma, os depoimentos dos policiais militares foram conclusivos para amparar a certeza quanto à autoria delitiva imputada a todos os réus. Com efeito, os policiais chegaram no momento em que ocorria o delito e não deixando dúvidas com relação à efetiva prática de Deivid na empreitada criminosa.

[...]

Dessa forma, não há dúvidas de que o réu Deivid efetivamente participou do roubo na companhia dos demais comparsas. Veja-se que a ligação telefônica efetuada por Cristiano, que acompanhava Deivid no momento, foi realizada minutos antes da prática do delito.

Depois, os policiais foram claros e coerentes quando descreveram a conduta dos agentes na empreitada criminosa, pormenorizando fatos que resultaram comprovados nos autos.

Quanto à credibilidade dos depoimentos dos policiais, não há notícia nos autos de que conheciam os réus antes dos fatos, conforme tentou transparecer a defesa pessoal de Deivid, atribuindo eventual inimizada inexplicada dos policiais. Contudo, em nenhum momento resultou comprovado que estes servidores públicos teriam interesse particular na condenação do réu, de forma a imputar-lhe a autoria de crime que saberiam ser inocente, ou mesmo, que teriam os policiais atuado no caso para atender motivos outros que não o cumprimento de atribuição funcional. Logo, merecedores de credibilidade.

Todavia, diferente do depoimento dos policiais, as alegações dos acusados trataram de fragilizar suas versões, pois absolutamente incoerentes e contraditórias, acentuando, por conseguinte, a procedência da denúncia.

Note-se que os réus Jeferson e Renato, em um primeiro momento, quando da abordagem policial acabaram revelando a participação de Deivid e Cristiano na empreitada criminosa. Isso porque foi informado, via rádio, sobre a participação de um veículo no delito, fazendo com que os policiais lhes indagassem a respeito.

Também, quando da prisão de Cristiano e Deivid, ambos acabaram confirmando aos policiais que conheciam Renato e Jeferson, revelando que haviam deixado ambos na frente da loja a fim de que fizessem uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“lançada”.

Porém, em Juízo, Deivid negou sua participação. Negou, inclusive, qualquer ligação com os demais acusados, que sequer os conhecia, à exceção de Cristiano, seu sócio.

Por óbvio, o acusado tentou livrar-se da presente condenação, negando em Juízo qualquer envolvimento com o delito. Porém, quando no “calor dos acontecimentos”, confessou que conhecia os demais acusados, e que efetivamente havia participado do ocorrido, negando, contudo, o dolo na empreitada criminoso, dizendo aos policiais que apenas havia fornecido uma carona aos réus Renato e Jeferson, que fariam uma “lançada” no local.

Quanto a essa sua postura, importa registrar: na medida em que, no processo, tentou afastar um atitude que, em tese, igualmente o isentaria de responsabilização penal, pois apenas teria fornecido uma carona (conforme aduziu), acabou apresentando uma comprometedoras contradição em suas declarações anteriores, prestadas aos policiais militares, confirmando a peça acusatória.

Com efeito, apesar da negativa de Deivid na execução dos ilícitos, o contexto probatório tratou de robustamente demonstrar a participação de todos na empreitada criminoso.

Veja-se que os policiais somente chegaram nos réus Cristiano e Deivid porque seguiram as informações repassadas pelos co-réus Jeferson e Renato – ou seja, de que estavam na rua detrás, os aguardando. Após diligências, efetivamente depararam-se com Cristiano e Deivid, dentro de um veículo, com o motor ligado, apesar de parado.

Depois, os policiais verificaram as ligações efetuadas nos aparelhos celulares que estavam com os réus Renato e Cristiano, os quais - apesar de afirmarem na Delegacia e em Juízo que nem mesmo se conheciam - derradeiramente foi registrado que o réu Renato telefonou às 11h49min para o réu Cristiano, pouco antes da prática do roubo.

Em audiência, restou comprovado que o aparelho de número 9201-0829 - apreendido em poder do réu Renato - registrava uma ligação efetuada para o aparelho de número 8170-5082 - apreendido em poder do réu Cristiano. Tal ligação foi realizada no dia dos fatos, às 11:49, conforme Termo de Verificação dos Aparelhos Celulares da fl. 360. Ou seja, incontestável a ligação entre os réus, o que derradeiramente desarticula a tese defendida por Deivid.” (fls. 22/36)

Inicialmente, defende o Impetrante que inexistem elementos probatórios suficientes para a condenação, que se fundou apenas em prova obtida no inquérito policial.

Ora, como é cediço, o *habeas corpus* não pode, como se fosse um segundo recurso de apelação, analisar a arguida inocência do acusado ou a pretensa falta de provas da materialidade e autoria do crime para efeito da condenação.

De todo modo, ao contrário do que afirma, do que se tem da sentença condenatória, mantida pelo acórdão impugnado, a condenação do Paciente está embasada em amplo contexto probatório, insubsistindo a alegação de que a autoria foi reconhecida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desprezando-se a prova judicial, com fundamento apenas em prova obtida no inquérito.

Outro não foi o entendimento da Corte *a quo* que, ao julgar o recurso de apelação afastou a tese defensiva de ausência de prova produzida sob o crivo do contraditório.

Confira-se, *litteris*:

*"A **materialidade** do fato-subtração denunciado está consubstanciada no APF (núcleo oral: fls. 50/60), nos autos de apreensão (fls. 84/86), nos autos avaliação indireta (fl. 164), e no auto de restituição (fl. 161), nos autos de constatação de funcionamento de armas (fl. 165), e na prova oral judicializada.*

2.1. A grave ameaça armada está comprovada na palavra das vítimas e testemunhas, bem assim na apreensão do artefato na posse de um dos codenunciados, em condições normais de uso e funcionamento, conforme perícia realizada pelo Departamento de Criminalística do Instituto-Geral de Perícias (fls. 271/272)." (fl. 63)

Nessa linha, assim como fez a sentença condenatória, o acórdão de apelação impugnado deixou de acolher a negativa de autoria do Paciente, corroborada pelos corréus, aduzindo que a prova testemunhal obtida era contrária à tese da Defesa.

A propósito, os seguintes trechos do voto-condutor do julgado:

"A versão defensiva de DEIVID foi roborada pelos demais acusados (fls. 233/141, 250/260 e 284/288), o que não surpreende, pois, conforme o corréu RENATO afirmou em Juízo, os quatro denunciados ficaram juntos na mesma cela, durante toda a tarde, antes de serem ouvidos pela autoridade policial, tempo suficiente para ajustarem versão única para o fato (fls. 258/259). De outro lado, os demais elementos de prova são fortes e suficientes para apontar a coautoria de DEIVID, que ressaí incontroversa nos depoimentos testemunhais colhidos na fase inquisitorial e em juízo, dentre os quais as seguintes declarações merecem destaque.

*PAULO DONIZETE FERRAZ RAUPP, policial militar que participou da prisão dos réus, afirma que um dos agentes preso no local do fato informou que dois indivíduos esperavam em um carro branco, estacionado em uma rua próxima, para dar-lhes fuga, **verbis** (fls. 340/345):*

[...]

*Por sua vez, o policial militar EDUARDO OTTO HOLTHAUSEN, que também participou da ocorrência, conta que atendeu uma chamada feita para o telefone do corréu CRISTIANO, que se encontrava no carro com DEIVID, perguntando sobre o desfecho da empreitada criminosa, **verbis** (fls. 346/353):*

[...]

*Por sua vez, o policial militar EDUARDO OTTO HOLTHAUSEN, que também participou da ocorrência, conta que atendeu uma chamada feita para o telefone do corréu CRISTIANO, que se encontrava no carro com DEIVID, perguntando sobre o desfecho da empreitada criminosa, **verbis** (fls. 346/353):*

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se vê, a negativa de autoria de DEIVID não encontra amparo na prova dos autos, anotando que os policiais militares foram informados por denúncia anônima, de que dois indivíduos em um veículo pálio branco deixaram JÉFERSON e RENATO na loja e os aguardavam nas proximidades do local para garantir-lhes a fuga. Confirmando a denúncia anônima, tendo um deles informado aos policiais a localização do veículo onde os aguardavam seus comparsas, o que possibilitou a prisão de CRISTIANO e de DEIVID no veículo pálio branco. Ademais disso, o exame dos aparelhos celulares apreendidos com os réus confirmou a realização de uma chamada do telefone de RENATO para o de CRISTIANO, que se encontrava no carro com DEIVID, momentos antes do assalto." (fls. 70/86)

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que as provas produzidas na fase de inquérito podem servir de instrumento para a formação da convicção do Juiz, desde que restem confirmadas por outros elementos colhidos durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório, como no caso. Confirmam-se:

"CRIMINAL. RESP. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVAS OBTIDAS NO INQUÉRITO E CONFIRMADAS EM JUÍZO. CONTRADITÓRIO. NULIDADE. AFASTAMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. ANÁLISE DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. REGIME PRISIONAL. LEI 11.464/2007. NOVA REDAÇÃO AO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

I. Condenação lastreada em provas obtidas na fase inquisitorial, posteriormente submetidas ao crivo do contraditório, justificando a condenação do réu e afastando a hipótese de nulidade do processo.

II. Pleito de desclassificação da conduta para o tipo previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, que revela pretensão de revolvimento de matéria fático probatória dos autos, inviável na via especial, nos termos da Súmula 07 do STJ.

III. Com o advento da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, o regime de cumprimento das penas previstas no dispositivo é o inicialmente fechado.

IV. Recurso parcialmente conhecido e provido." (REsp 885.457/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJ de 06/08/2007.)

"HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONSIDERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS COMO DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FASE INQUISITORIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CONDENAÇÃO BASEADA EM ELEMENTOS DA CONFISSÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. CONDENAÇÃO BASEADA EM DEPOIMENTOS COLHIDOS EM JUÍZO E NÃO APENAS NAS DECLARAÇÕES PRESTADAS NA FASE INQUISITORIAL. POSSIBILIDADE. [...]

3. É possível a utilização de declarações de testemunhas colhidas na fase do inquérito policial sem observância do contraditório, desde que verificado que a condenação se baseia, outrossim, em depoimentos de testemunhas colhidos em juízo, sob o crivo contraditório. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Ordem parcialmente concedida para, reformando-se o acórdão ora atacado e a sentença condenatória, na parte relativa à dosimetria da pena, determinar que outra seja proferida, com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, procedendo-se à diminuição que entender de direito." (HC 68010/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 22/04/2008 - grifei)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 12 DA LEI 6.368/76. NULIDADE. PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

Não restou configurada, in casu, a alegada ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, porquanto, ao contrário do afirmado, a condenação não está baseada apenas em provas colhidas na fase inquisitorial, porquanto há depoimentos que foram ratificados em juízo com observância do devido processo legal.

Ordem denegada." (HC 51.142/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 02/05/2006.)

"HABEAS CORPUS. NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. QUESTÃO PREJUDICADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA EXCLUSIVAMENTE COM BASE NO INQUÉRITO POLICIAL. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. REEXAME DE PROVA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO.

1. Proferida a sentença condenatória, resta prejudicada a alegação de nulidade do auto de prisão em flagrante, visto que a natureza jurídica da custódia se modificou, decorrendo agora do disposto no artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal, não mais importando sua causa inicial.

2. A decisão atacada está calcada não só no material colhido na fase de investigação, mas também durante a instrução processual, especificamente os testemunhos dos agentes policiais que efetuaram a prisão em flagrante, bem como nos elementos e circunstâncias contidos nos autos, todos levados em consideração para formar a convicção do julgador quanto à materialidade e autoria do delito praticado.

3. A desconstituição do julgado leva obrigatoriamente à necessidade de um exame mais detalhado da prova, providência incompatível com a sede eleita.

4. Habeas corpus denegado." (HC 22964/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ de 13/03/2006.)

De outro lado, afirma o Impetrante que a verificação dos aparelhos celulares dos réus realizada em audiência, a qual comprovou que eles se conheciam e comunicavam, constitui prova ilícita, "porque produzida sem as formalidades legais, na medida em que realizada pela Magistrada que presidia o feito, a qual, embora culta, laboriosa e competente, não é perita no assunto. Nem mesmo o fato de estarem presente na ocasião o réu, o defensor e o douto representante do MP tem o condão de mudar esse fato" (fl. 07).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte gaúcha afastou a existência de nulidade, nesse particular, aduzindo:

*"Aqui, em atenção ao arrazoado defensivo, anoto que a verificação dos aparelhos celulares realizada em audiência não constitui prova ilícita ou sequer irregular. Veja-se que no termo das fls. 359 – Termo de Verificação dos Aparelhos Celulares – constou que as defesas dos réus acompanharam a verificação dos telefones, e nenhuma oposição foi feita por qualquer delas ao procedimento. No ponto, vale ressaltar que as defesas sequer foram surpreendidas com a medida, pois a verificação dos aparelhos foi **requerida pelo Ministério Público** por ocasião da denúncia (fl. 10), e reiterada pelo agente ministerial na audiência realizada em 14/02/2008 (fl. 304), ocasião em que a julgadora monocrática, na presença dos defensores dos réus, determinou as providências para atendimento do pleito ministerial (fl. 304), e a verificação dos aparelhos só foi realizada em 27/02/2008, sem que a defesa do réu DEIVID, ou de outro denunciado, tenha se manifestado contrariamente à produção da prova requerida pelo **Parquet**. Portanto, além de infundada a alegação de ilicitude na verificação dos telefones, a questão está preclusa.*

Ainda no ponto, vale anotar que a referida chamada entre os aparelhos apreendidos ocorreu às 11h49min, portanto, antes da prisão dos réus (12h; fl. 50), quando os telefones se encontravam na posse dos denunciados. Tudo em consonância com os demais elementos de prova, já mencionados, comprovando que DEIVID foi um dos autores do fato-subtração denunciado. Também anoto não existir qualquer elemento de prova no sentido da alegação defensiva de perseguição policial ao réu, não existindo qualquer afirmação que possa ser entendida como perseguição a DEIVID, que sequer aponta uma única circunstância que evidencie o alegado, daí porque vejo tal afirmação como mera manobra defensiva, ao arrepio da prova produzida nos autos." (fl.)

Como bem ressaltou o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, eventual nulidade, caso existisse, *"seria de natureza relativa a já estaria preclusa"* (fl. 170), uma vez que a verificação dos telefones móveis dos acusados ocorreu na presença da Defesa do Paciente, que não se opôs à produção da prova oportunamente, tampouco suscitou a existência de qualquer prejuízo ou cerceamento de defesa.

Com efeito, alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal. É imprescindível em tais casos a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief*.

Na mesma linha:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO SIMPLES. CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. ALEGAÇÃO TARDIA. FALTA DE INTERESSE NA PRODUÇÃO DA PROVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. *Hipótese em que a defesa sustenta ter ocorrido nulidade, ante a ausência de designação de data para oitiva das testemunhas defensivas tempestivamente arroladas. Alegação realizada apenas em sede de apelação, mantendo-se silente a defensora do paciente nas oportunidades anteriores, diga-se, quando da audiência em que foram inquiridas as testemunhas de acusação, ocasião em que o juiz declarou encerrada a instrução processual, ato com o qual concordou a defesa; fase de requisição de diligências do art. 499 do CPP, em que a defensora afirmou nada ter a requerer, além das alegações finais, em que não suscitou a apontada nulidade, configurando-se, assim, a preclusão da matéria, sendo manifesta a ausência de interesse na produção da referida prova, cujo questionamento se deu apenas depois da sentença condenatória.*

2. *Ademais, no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual, independentemente de sua classificação em relativa ou absoluta, quando há efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu no caso em apreço.*

3. *O paciente em momento algum teve violado o seu direito a um processo orientado pelos pilares da ampla defesa e do contraditório.*

Ao contrário, foi-lhe sempre assegurada a imprescindível defesa técnica, com a presença e participação ativa da defensora em todos os atos processuais, não se vislumbrando nulidade a ser sanada pela ausência de oitiva das testemunhas de defesa, seja pela preclusão na alegação da matéria, seja pela inocorrência de prejuízo demonstrado.

4. *Habeas corpus denegado.*" (HC 109.103/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 01/02/2012.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0212602-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 190.762 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1520800035145

20700065182

20800035145

70037403425

EM MESA

JULGADO: 06/09/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CESAR PERES E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : DEIVID WEBER GONÇALVES

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.