



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.015 - PR (2011/0239830-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : SÉRGIO ODILON JAVORSKI FILHO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : JOSÉ HENRIQUE DOS SANTOS FILHO

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

LESÕES CORPORAIS GRAVES (ARTIGO 129, § 2º, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL). PEDIDO DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA NA FASE DO ARTIGO 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

2. Na hipótese em apreço, o magistrado consignou justificativa idônea para a negativa de produção da prova pretendida pela defesa do corréu, externando os motivos pelos quais não vislumbrou a relevância ou a necessidade da oitiva de pessoa que sequer foi mencionada nos depoimentos prestados em juízo, circunstância que afasta o alegado constrangimento ilegal.

ALEGADA AUSÊNCIA DE DEFENSOR *AD HOC* NA AUDIÊNCIA EM QUE OUVIDA TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO. PRESENÇA DO ACUSADO E DO SEU ADVOGADO REGISTRADAS EM ATA. DEPOIMENTO QUE NÃO FOI UTILIZADO PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE PARA FUNDAMENTAR SUA CONVICÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA.

1. De acordo com o termo da audiência na qual teria ocorrido a mácula, os réus e seus defensores estariam presentes ao ato,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância que afasta o alegado constrangimento ilegal.

2. Ainda que os acusados e seus patronos não houvessem participado da inquirição da testemunha, e mesmo que não se tivesse procedido à nomeação de defensor *ad hoc* para acompanhar a produção da prova testemunhal, o certo é que não houve a demonstração do prejuízo decorrente da inobservância da mencionada formalidade, especialmente tendo-se em conta que, ao proferir sentença condenatória no feito, o magistrado de origem não se utilizou de tais declarações para fundamentar o seu convencimento.

3. Como se sabe, atualmente, até em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida.

AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA A OITIVA DE TESTEMUNHA INDICADA PELO RÉU. EIVA RELATIVA. MÁCULA NÃO SUSCITADA EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS. VÍCIO NÃO CARACTERIZADO.

1. De acordo com a Súmula 155 do Supremo Tribunal Federal, "*é relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha*".

2. No caso dos autos, foi expedida carta precatória para a inquirição de testemunha arrolada pelo acusado sem a necessária notificação da defesa.

3. Todavia, da leitura da íntegra da ação penal em tela observa-se que a defesa do paciente não se insurgiu contra a falta de intimação acerca da expedição da precatória, somente arguindo a nulidade do feito em sede de *habeas corpus* impetrado após o trânsito em julgado da condenação.

4. Como se sabe, consoante o disposto no artigo 571, inciso II, do Código de Processo Penal, as nulidades da instrução criminal nos processos de competência do juiz singular devem ser suscitadas no momento do oferecimento das alegações finais.

5. Assim, não tendo a mácula sido suscitada no momento oportuno, conclui-se que se encontra sanada pelo instituto da preclusão.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

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 Marco Aurélio Bellizze, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 13 de agosto de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.015 - PR (2011/0239830-2)

IMPETRANTE : SÉRGIO ODILON JAVORSKI FILHO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : JOSÉ HENRIQUE DOS SANTOS FILHO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOSÉ HENRIQUE DOS SANTOS FILHO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que denegou a ordem pleiteada no HC n. 762.458-2.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, como incurso no artigo 129, § 2º, inciso III, do Código Penal, tendo-lhe sido decretada a perda do cargo público.

Sustentam os impetrantes que o paciente seria vítima de constrangimento ilegal, sob o argumento de que foi indeferida, na fase do então artigo 499 do Código de Processo Penal, a oitiva de testemunha arrolada pela defesa de corréu, cujo depoimento seria necessário para o esclarecimento dos fatos apurados no processo.

Afirmam que não havia como a defesa arrolar tal pessoa em sede de defesa prévia, pois só teria tomado conhecimento de sua existência quando da inquirição do seu genitor em juízo, consignando que o pleito não teria o condão de protelar o regular trâmite do feito.

Alegam que não teria sido nomeado defensor *ad hoc* para acompanhar a oitiva de testemunha da acusação no juízo deprecado, o que caracterizaria nulidade absoluta.

Aduzem que a defesa não teria sido intimada da expedição de carta precatória para a inquirição de testemunha da defesa, o que ofenderia os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Requerem a concessão da ordem para que o processo seja anulado desde a fase de diligências, ou desde a oitiva da testemunha de acusação, ou a desde



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a inquirição da testemunha arrolada pela defesa.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 971/972.

Prestadas as informações (e-STJ fl. 983), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 1024/1028, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.015 - PR (2011/0239830-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o reconhecimento da nulidade da ação penal em tela.

Cumpre analisar, preliminarmente, a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional, **hipóteses não ocorrentes na espécie.**

Por outro lado, prevê a alínea "a" do inciso II do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

De se destacar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Segundo consta dos autos, o paciente, policial civil, com mais 4 (quatro) corréus, foi acusado de praticar os delitos de abuso de autoridade e lesões corporais graves, uma vez que teria espancado a vítima João Batista dos Santos Boaventura, que foi conduzida ao 7º Distrito Policial da comarca de Curitiba, após se desentender com sua companheira, causando-lhe ferimentos que lhe acarretaram a incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, perigo de vida e perda ou inutilização de membro, sentido ou função (e-STJ fls. 81/84).

Sobreveio sentença na qual o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, como incurso no artigo 129, § 2º, inciso III, do Código Penal, tendo-lhe sido decretada a perda do cargo público.

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negado provimento ao recurso (e-STJ fls. 767/779).

Ainda inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na origem, cuja ordem foi denegada em aresto que restou assim ementado:

"HABEAS CORPUS" - LESÃO CORPORAL GRAVE - PROCESSO CRIMINAL TRANSITADO EM JULGADO - NULIDADES PROCESSUAIS INVOCADAS: (I) INDEFERIMENTO, NA FASE DO REVOGADO ART. 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DE OITIVA DE TESTEMUNHA INDICADA PELA DEFESA DE CORREU - JUÍZO DE CONVENIÊNCIA QUANTO A NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DAS PROVAS PLEITEADAS QUE É PRÓPRIO E EXCLUSIVO DO JUIZ - DISCRICIONARIEDADE REGRADA - IDONEIDADE DA MOTIVAÇÃO ENUNCIADA - VALORAÇÃO MINUCIOSA ACERCA DA NECESSIDADE DA PROVA ADEMAIS. QUE DESBORDA DO ESPAÇO ESTREITO E SUMARIO DO WRIT - (II) ALEGADA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA A INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA DE DEFESA -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NULIDADE RELATIVA - SÚMULA 155 DO STF - NÃO OCORRÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA - PRECLUSÃO - (III) INEXISTÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR EM AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO NO JUÍZO DEPRECADO - NULIDADE QUE EMBORA ABSOLUTA. NÃO VEIO ACOMPANHADA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. POIS NÃO SE FEZ REFERÊNCIA. NA SENTENÇA. AO RESPECTIVO TESTEMUNHO. ORDEM DENEGADA." (e-STJ fls. 951/952).

Pois bem. Inicialmente, no tocante à alegada nulidade do feito pelo indeferimento da oitiva de testemunha arrolada pela defesa do corréu, é imperioso consignar que não há dúvidas de que embora o acusado no processo penal tenha o direito à produção da prova necessária a dar embasamento à tese defensiva, é certo que ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte, o que não se verifica ter ocorrido na hipótese.

Confira-se, a propósito, a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira, para quem *"embora se cuide de direito, isso não impede que o juiz da causa examine a pertinência da prova requerida (ver, por exemplo, art. 400, §1º, CPP), tendo em vista que cabe a ele a condução do processo, devendo, por isso mesmo, rejeitar as diligências manifestamente protelatórias."* (Curso de processo penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 294).

No mesmo sentido orienta-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. (...) CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MATÉRIA PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. ORDEM DENEGADA. (...)

IV. O Julgador pode indeferir, de maneira fundamentada, diligências que considere protelatórias ou desnecessárias, tendo em vista um juízo de conveniência quanto à necessidade de sua realização, que é próprio do seu regular poder discricionário.

V. Se o Juiz monocrático não constatou a necessidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deferimento da perícia solicitada pela defesa para a formação de seu convencimento, tendo em vista que os demais elementos de prova se mostraram suficientes para a condenação, não há que se falar em cerceamento de defesa.

VI. Código de Processo Penal, ao tratar sobre o tema "nulidade", estabelece que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa" (art. 563), e ainda, que "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa" (art. 566).

VII. Hipótese na qual o magistrado, fundamentadamente, negou pedido de realização de diligências.

VIII. Maiores incursões na dosagem das provas constantes dos autos para concluir sobre a viabilidade da condenação é questão que esbarra na própria apreciação da possível inocência, matéria cuja análise demandaria a imersão no conjunto fático-probatório, vedado na via eleita.

IX. Ordem denegada.

(HC 225.060/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012)

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA ARMADA. (1) PROVA TESTEMUNHAL. PRODUÇÃO. INDEFERIMENTO. MOTIVAÇÃO RAZOÁVEL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (...).

1. É uníssono, nesta Corte, o entendimento de que é possível o indeferimento de produção de prova testemunhal, desde que a decisão se mostra suficientemente motivada. In casu, tendo o magistrado negado, fundamentadamente, a realização de oitiva de pessoa sequer identificada, descabe falar em processo írrito.

(...)

3. Recurso a que se nega provimento.

(RHC 26.410/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 27/06/2012)

O Supremo Tribunal Federal adota o mesmo entendimento:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. ARTIGO 184 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. PERÍCIA DESNECESSÁRIA PARA A ELUCIDAÇÃO DOS FATOS. ORDEM DENEGADA. I - O deferimento de provas submete-se ao prudente arbítrio do magistrado, cuja decisão há de levar em conta o conjunto probatório já existente. II - É lícito ao juiz indeferir diligências que reputar impertinentes, desnecessárias ou protelatórias (arts. 184 e 400, § 1º, do CPP, este último incluído pela Lei 11.719/2008). Precedentes. III - Inocorrência de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório ou às regras do sistema acusatório, por se tratar de perícia desnecessária para a elucidação dos fatos imputados ao paciente. IV - A discussão sobre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o acerto ou desacerto da decisão do juiz de primeiro grau, ademais, exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de habeas corpus, não se mostra possível, visto tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. V - Ordem denegada.

(HC 104473, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 05/10/2010, DJe-207 DIVULG 27-10-2010 PUBLIC 28-10-2010 EMENT VOL-02422-01 PP-00122)

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO. CRIMINAL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. QUESTÃO RESTRITA AO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. (...) 1. Não caracteriza cerceamento de defesa a decisão que, motivadamente, indefere determinada diligência probatória. Precedentes: Als 382.214, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 114.548-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence. (...) 3. Agravo desprovido.

(AI 699103 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 17/08/2010, DJe-173 DIVULG 16-09-2010 PUBLIC 17-09-2010 EMENT VOL-02415-05 PP-01028)

No caso dos autos, na fase prevista no revogado artigo 499 do Código de Processo Penal, a defesa do corréu Robson Adriano Santana requereu a inquirição de Luiz Carlos Ferreira, uma vez que teria conhecimento dos fatos e poderia dar melhores esclarecimentos no processo, consoante informações obtidas pelo réu quando do depoimento do pai da testemunha em juízo (e-STJ fl. 471).

O pedido foi indeferido pelo magistrado responsável pelo feito, nos seguintes termos:

"Indefiro o pleito da defesa de Robson Adriano Sant'ana de f. 354, haja vista que a instrução processual já foi encerrada.

Além disso, do depoimento de Francisco Ferreira não se extraem indícios de que seria útil à elucidação dos fatos a oitiva de seu filho, que sequer é citado no depoimento da referida testemunha." (e-STJ fl. 495).

Da leitura da passagem acima transcrita, verifica-se que o magistrado consignou justificativa idônea para a negativa de produção da prova pretendida pela defesa do corréu do paciente, externando os motivos pelos quais não vislumbrou a relevância ou a necessidade da oitiva de pessoa que sequer foi mencionada nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

depoimentos prestados em juízo, circunstância que afasta o alegado constrangimento ilegal.

Melhor sorte não socorre os impetrantes no que se refere à pretendida anulação do processo, diante da colheita de depoimento de testemunha da acusação sem que fosse nomeado ao acusado defensor *ad hoc*.

Em primeiro lugar, cumpre frisar que, de acordo com o termo da audiência em que foi ouvido João Maria Boaventura Leffer, os réus e seus defensores estariam presentes ao ato (e-STJ fl. 363).

Todavia, ainda que os acusados e seus patronos não houvessem participado da inquirição da testemunha, e mesmo que não se tivesse procedido à nomeação de defensor *ad hoc* para acompanhar a produção da prova testemunhal, o certo é que não houve a demonstração do prejuízo decorrente da inobservância da mencionada formalidade.

Como se sabe, atualmente, até em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida.

Sobre o tema, é essa a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

"A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação. Isso não significa que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência de prejuízo; normalmente essa demonstração se faz através de simples procedimento lógico, verificando-se a perda da faculdade processual conferida à parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado final do processo. Afirma-se que as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo costuma ser evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece correto em todos os casos, pois as presunções levam normalmente à inversão do ônus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da prova, o que pode não ocorrer quando a ocorrência do dano não oferece dúvida.

(...)

No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta." (As nulidades no processo penal. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.26/27).

A mesma orientação é adotada pela jurisprudência, a exemplo dos seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RITO PROCEDIMENTAL DA LEI N.º 10.409/02. CARACTERIZAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563, do Código de Processo Penal, é essencial à alegação de nulidade, uma vez que, conforme já decidiu a Corte Suprema, o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief - compreende as nulidades absolutas, o que não foi demonstrado no presente caso.

(...)

4. Ordem denegada.

(HC 114.536/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 24/05/2010)

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 57 DA LEI 11.343/06. NULIDADE DEPENDENTE DA DEMONSTRAÇÃO OBJETIVA DO PREJUÍZO. PROCESSO QUE OBEDECEU RIGOROSAMENTE OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 563 DO CPP E DA SÚMULA 523/STF. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PARECER PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. No âmbito do Processo Penal, não se deve declarar nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega (arts. 563 e 565 do CPP e Súmula 523/STF). Dessa forma, a inobservância do art. 57 da Lei 11.343/06, à luz de uma interpretação sistemática do capítulo das nulidades do CPP, não traduz nulidade absoluta.

2. O Supremo Tribunal Federal acolhe o entendimento de que o princípio geral norteador das nulidades em Processo Penal - pas de nullité sans grief - é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta (HC 85.155/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU 15.04.05 e AI-AgR. 559.632/MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 03.02.06).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Os automatismos devem ser evitados em sede de Processo Penal. O que a Constituição reputa indispensável é que se garanta a todo cidadão processado criminalmente a oportunidade efetiva de se contrapor à acusação que lhe é feita.

(...)

5. Ordem denegada, em consonância com o parecer do MPF.
(HC 136.649/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 03/05/2010)

O Supremo Tribunal Federal compartilha o mesmo entendimento, leia-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. APURAÇÃO DE CRIMES CONEXOS. RITO ORDINÁRIO. ADOÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - Para o reconhecimento da existência de nulidade absoluta, em razão da inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei 10.409/2002, torna-se necessária a demonstração do prejuízo causado pelo não oferecimento da defesa prévia. (...) III - Ordem denegada.

(HC 99748, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 04/05/2010, DJe-100 DIVULG 02-06-2010 PUBLIC 04-06-2010 EMENT VOL-02404-03 PP-00452)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. NULIDADES. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. PRECEDENTES DO STF. ERRO MATERIAL NO NOME DO ACUSADO CORRIGIDO POR MEIO DE EMBRAGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. (...) 7. Esta Suprema Corte possui precedentes no sentido de que "a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta" (HC 85.155, minha relatoria, DJ 15.04.2005). (...) 10. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

(RHC 97667, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-03 PP-00603)

E, como visto, na hipótese vertente a defesa deixou de demonstrar os danos suportados pelo paciente em razão suposta ausência de nomeação de defensor *ad hoc* ao réu quando da colheita de depoimento de testemunha da acusação, especialmente tendo-se em conta que, ao proferir sentença condenatória no feito, o magistrado de origem não se utilizou de tais declarações para fundamentar o seu convencimento, motivo pelo qual se não se vislumbra qualquer eiva a ser reconhecida por esta Corte Superior de Justiça.

Irretocável, no ponto, o aresto combatido, que assim se pronunciou sobre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a questão:

"Cumpre apreciar, por fim, a invocada nulidade por ausência de nomeação de defensor para a oitava, no juízo deprecado de testemunha indicada pela acusação.

Sabe-se que, na ausência do advogado constituído em audiência, impõe-se a nomeação de defensor para o ato, risco de violação da par conditio, do contraditório e da ampla defesa conforme comando dos artigos 265, parágrafo único (na redação anterior à Lei nº 11.719/2008 e 564, III, c, do Código de Processo Penal.

O descumprimento de tal solenidade, não se duvida, caracteriza vício de natureza absoluta, conclusão que não dispensa, contudo, conforme acima assentado, o exame do efetivo prejuízo ao jus libertatis do Paciente.

E conquanto a audiência para a oitava da testemunha João Mana Boaventura Leffer, retratada no termo de fls. 350/351-TJ, tenha se realizado sem a presença de defensor constituído ou mesmo nomeado para o ato - mostra-se desnecessária a anulação do processo - complexo, extenso e que já alcançou trânsito em julgado - dada a ausência de demonstração de prejuízo mormente se considerado que o Dr. Juiz sentenciante formou sua convicção com apoio em outros elementos probatórios. que não a indigitada prova.

Com efeito, em que pese a transgressão formal, tal constatação não ganha força suficiente a macular o édito repressivo havido em desfavor do Paciente, pois nele não se fez referência aquele testemunho.

(...)

Não se valendo o d. Magistrado, portanto, do referido depoimento para amparar sua conclusão acerca da autoria e da materialidade, improcede a prefacial." (e-STJ fls. 961/962).

Finalmente, não há que se falar em vício na presente ação penal pelo fato de a defesa não haver sido intimada da expedição de carta precatória para a oitava de testemunha arrolada pelo réu.

Isso porque de acordo com a Súmula 155 do Supremo Tribunal Federal, *"é relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha".*

Nessa esteira orienta-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. (...) 4. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO PARA A AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHAS REALIZADA NO JUÍZO DEPRECADO. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 155/STF. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DEFENSOR NOMEADO PARA O ATO. NULIDADE ARGUIDA APENAS APÓS A CONDENAÇÃO. PRECLUSÃO. 5. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

4. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a ausência de intimação da expedição de carta precatória para a oitiva de testemunhas caracteriza nulidade relativa. Súmula 155/STF.

5. Tratando-se de nulidade relativa, é imprescindível, para o seu reconhecimento, a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, o que não ficou evidenciado no caso. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 166.916/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 29/04/2013)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. (...) EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA 155/STF. NÃO ARGÜIÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. (...) RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

(...)

III. A falta de intimação da expedição da carta precatória para a inquirição de testemunha constitui nulidade relativa, estando sujeita à preclusão.

IV. Verificado que a defesa não argüiu qualquer nulidade no momento oportuno, isto é, quando da apresentação das alegações finais, afasta-se a hipótese de nulidade do ato.

(...)

VII. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, nos termos do voto do Relator.

(REsp 1074672/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 14/03/2011)

No caso dos autos, conquanto não haja registro da intimação da defesa acerca da expedição de carta precatória para a oitiva da testemunha de defesa Marcos Belinatti, da leitura da íntegra da ação penal em tela observa-se que a defesa do paciente não se insurgiu contra tal fato, somente arguindo a nulidade do feito em sede de *habeas corpus* impetrado após o trânsito em julgado da condenação.

Como se sabe, consoante o disposto no artigo 571, inciso II, do Código de Processo Penal, as nulidades da instrução criminal nos processos de competência do juiz singular devem ser suscitadas no momento do oferecimento das alegações finais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confira-se:

"Art. 571. As nulidades deverão ser argüidas:

(...)

II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500;

Acerca do referido dispositivo legal, Guilherme de Souza Nucci leciona que *"cabe à parte interessada no reconhecimento de alguma nulidade, levantar, como preliminar ao mérito, em suas alegações finais, ainda que sejam oralmente oferecidas, o vício ocorrido e o prejuízo havido (se for absoluta, o prejuízo é presumido, solicitando o seu reconhecimento",* motivo pelo qual *"o momento por excelência de avaliação da nulidade, é, para o juiz, a prolação da sentença"* (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 925/926).

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E USO DE DOCUMENTO FALSO. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE. NÃO-IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. ART. 571, II, DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. Nos termos do art. 571 do Código de Processo Penal, eventuais nulidades ocorridas na fase instrutória deverão ser argüidas em sede de alegações finais, sob pena de preclusão da matéria.

3. Ordem denegada.

(HC 45.770/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 03/11/2008)

CRIMINAL. HC. MOEDA FALSA. CUMPRIMENTO DA CARTA PRECATÓRIA. RATIFICAÇÃO DOS DEPOIMENTOS. PRECLUSÃO. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO MEMBRO DO MP. NULIDADE INEXISTENTE. (...). ORDEM DENEGADA.

(...)

Eventuais vícios ocorridos na instrução devem ser argüidos no momento oportuno e por meio do recurso próprio.

(...)

Ordem denegada.

(HC 52.086/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 04/09/2006, p. 300)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, não tendo a defesa impugnado em sede de alegações finais a expedição de carta precatória para a oitiva de testemunha de defesa sem a sua intimação (e-STJ fls. 538/541), inviável o reconhecimento do vício articulado na impetração.

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: 2011/0239830-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 221.015 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 199654835 7624682 9654835

EM MESA

JULGADO: 13/08/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SÉRGIO ODILON JAVORSKI FILHO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : JOSÉ HENRIQUE DOS SANTOS FILHO
CORRÉU : ENILSON JOSÉ DENES
CORRÉU : JÚLIO CÉZAR RAMOS
CORRÉU : BRUNO VARESCHI
CORRÉU : ROBSON ADRIANO SANT'ANA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Lesão Corporal - Gravíssima

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 Marco Aurélio Bellizze, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR).