



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.772 - SP (2010/0028548-5)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : ALEXANDER AZUBUIKE ONUIGBO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS INTERNACIONAL. INSTRUÇÃO CRIMINAL. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NORMA CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DE GARANTIA. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade formal da realização de interrogatório por videoconferência com base em legislação estadual ou provimento de Tribunal.

2. A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior firmou-se no sentido de que a audiência realizada por videoconferência, anteriormente à vigência da Lei nº 11.900/09, ocorreu em afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

3. O ato processual realizado em infringência à norma constitucional processual de garantia é absolutamente nulo. Contudo, a decretação de nulidade de um ato processual apenas acarreta a nulidade de outros que dele sejam dependentes.

4. É nulo o interrogatório realizado por meio de sistema de videoconferência com base em legislação anterior à Lei 11.900/09 e todos os demais atos subsequentes, à exceção do depoimento das testemunhas. Precedentes.

5. Não obstante a declaração de nulidade do ato de interrogatório e demais atos dele advindos, inclusive da sentença que o condenou à pena superior a 34 anos de reclusão, não se pode falar em soltura do paciente, autuado em flagrante delito em outubro de 2006, e denunciado pela prática de tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico, juntamente com outras duas corrés, sendo apontado como aliciador e financiador da empreitada criminosa. Acrescente-se, ainda, a vedação expressa trazida pelo art. 44 da Lei de Drogas, que impossibilita a liberdade provisória aos agentes flagrados no cometimento de tal ilícito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. O constrangimento ilegal por excesso de prazo só poderá ser reconhecido quando a demora for injustificada, o que não se vislumbra na presente hipótese. Precedente.

7. Ordem concedida em parte para anular a ação penal, nos termos do voto. Mantida a prisão do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 12 de junho de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.772 - SP (2010/0028548-5)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : ALEXANDER AZUBUIKE ONUIGBO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ALEXANDER AZUBUIKE ONUIGBO contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Noticiam os autos que o paciente, preso em flagrante em 22/10/06, foi condenado como incurso nos artigos 33, 35, 36 e 40, I, todos da Lei 11.343/06, a 34 (trinta e quatro) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, a serem cumpridos no regime inicial fechado.

No presente *mandamus*, a impetrante alega excesso de prazo no julgamento da apelação, pendente desde 15/01/08.

Sustenta a nulidade absoluta do processo, uma vez que foi utilizado para o interrogatório do paciente o sistema de videoconferência, nos termos da Lei Estadual nº 11.819/05, posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Afirma, ainda, que é indispensável a presença física do réu em audiência perante o Juiz, pois o sistema de videoconferência desumaniza o processo e dificulta a interação entre ele e o advogado, em afronta ao princípio constitucional do devido processo legal.

Aduz a contrariedade aos princípios da ampla defesa, do contraditório, da publicidade e da igualdade.

Requer, liminarmente, o reconhecimento do excesso de prazo na conclusão do feito.

Pleiteia a anulação de todos os atos processuais realizados desde o interrogatório, com a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

A liminar foi indeferida à e-STJ fl. 140, pelo então Relator, Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 321/327).

Vieram-me os autos à conclusão, por prevenção ao HC 128953, em 23/09/11.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.772 - SP (2010/0028548-5)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ALEXANDER AZUBUIKE ONUIGBO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS INTERNACIONAL. INSTRUÇÃO CRIMINAL. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NORMA CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DE GARANTIA. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade formal da realização de interrogatório por videoconferência com base em legislação estadual ou provimento de Tribunal.

2. A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior firmou-se no sentido de que a audiência realizada por videoconferência, anteriormente à vigência da Lei nº 11.900/09, ocorreu em afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

3. O ato processual realizado em infringência à norma constitucional processual de garantia é absolutamente nulo. Contudo, a decretação de nulidade de um ato processual apenas acarreta a nulidade de outros que dele sejam dependentes.

4. É nulo o interrogatório realizado por meio de sistema de videoconferência com base em legislação anterior à Lei 11.900/09 e todos os demais atos subsequentes, à exceção do depoimento das testemunhas. Precedentes.

5. Não obstante a declaração de nulidade do ato de interrogatório e demais atos dele advindos, inclusive da sentença que o condenou à pena superior a 34 anos de reclusão, não se pode falar em soltura do paciente, autuado em flagrante delito em outubro de 2006, e denunciado pela prática de tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico, juntamente com outras duas corrés, sendo apontado como aliciador e financiador da empreitada criminosa. Acrescente-se, ainda, a vedação expressa trazida pelo art. 44 da Lei de Drogas, que impossibilita a liberdade provisória aos agentes flagrados no cometimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de tal ilícito.

6. O constrangimento ilegal por excesso de prazo só poderá ser reconhecido quando a demora for injustificada, o que não se vislumbra na presente hipótese. Precedente.

7. Ordem concedida em parte para anular a ação penal, nos termos do voto. Mantida a prisão do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 162.772 - SP (2010/0028548-5)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : ALEXANDER AZUBUIKE ONUIGBO (PRESO)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

O objeto do presente *writ* é o alegado excesso de prazo no julgamento da apelação no processo 0007582-95.2006.4.03.6119, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, bem como a nulidade do feito em virtude da realização de interrogatório por meio de videoconferência, antes do advento da Lei nº 11.900/09, que introduziu o referido procedimento no Código de Processo Penal.

No caso concreto, a acusada Mara Ney Siqueira estava prestes a embarcar em voo com destino final para a Espanha, com cerca de 1.076 kg de cocaína, tendo sido presa em flagrante juntamente com Valéria Aparecida Pereira da Silva, como garantidora do embarque mencionado, e com o paciente deste *writ*, na qualidade de aliciador e financiador da empreitada criminosa.

Informo que, mediante consulta processual efetiva no sítio eletrônico do Tribunal *a quo*, constatou-se a realização do julgamento do recurso de apelação na ação penal 0007582-95.2006.4.03.6119, cujo acórdão foi publicado no Dje do dia 10/11/11, cuja é a seguinte:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DA DEFESA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE DO PROCESSO. AUDIÊNCIA DE INTERROGATÓRIO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PUBLICIDADE. REJEIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. ÔNUS DA PROVA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REDUZIDA.

- 1. Apelação criminal interposta pelos réus contra a sentença que condenou MARA como incurso no artigo 33, caput, c.c. o artigo 40, I, da Lei nº 11.343/2006, VALÉRIA como incurso nos artigos 33 e 35, c.c. o artigo 40, I, da Lei nº 11.343/2006, e condenou ALEXANDER como incurso nos artigos 33 e 35, c.c. o artigo 40, I e VII, da Lei nº 11.343/2006.*
- 2. Após o advento da Lei nº 10.792/2003, os artigos 185 a 196 do Código de Processo Penal, que disciplinam o interrogatório do acusado, sofreram significativas alterações, sendo que, em regra, o interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença de seu defensor e a publicidade do ato.*
- 3. No caso dos autos, antes do início da audiência o Juízo monocrático assegurou ao réu o direito de entrevista reservada com o seu advogado, que acompanhou o interrogatório do réu, realizado entre o Fórum e a Unidade Prisional, pelo sistema de videoconferência.*
- 4. A audiência realizada pelo sistema de teleaudiência ou videoconferência preserva todos os direitos constitucionais do réu, uma vez que permite que este tenha acesso à imagem e ao áudio, ou seja, permite que o réu veja e ouça a testemunha, bem como permite que o mesmo converse com seu advogado, reservadamente ou não. Por outro lado, a publicidade do ato também fica garantida.*
- 5. O Provimento nº 74/07 da Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região disciplina os meios necessários visando garantir a comunicação do réu com seu defensor, o acompanhamento pelo réu da colheita das provas e a interferência da defesa na produção da prova oral, a leitura de todo o processado ao réu, a publicidade do ato pela presença de terceiros na sala do fórum, ou seja, objetivando a plena observância das garantias constitucionais das partes.*
- 6. Inexiste constrangimento ilegal, pois ao réu foi assegurada a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oportunidade de comunicar-se com seu advogado, de ouvir o depoimento das testemunhas.

7. O defensor constituído que acompanhou a audiência de instrução sequer suscitou qualquer irregularidade ou prejuízo à defesa por ocasião da audiência, a ensejar a sua anulação.

8. Desde há muito tempo a jurisprudência assente no Egrégio Supremo Tribunal Federal admite a realização da audiência de interrogatório por Juízo diverso do processante, mediante carta precatória.

9. O sistema de vídeo ou teleconferência confere maior garantia às partes, pois permite que o Juiz condutor do processo presida pessoalmente a colheita das provas, não restando, pois, evidenciado o efetivo prejuízo ao direito de defesa do réu, capaz de infirmar a nulidade do ato, com fundamento no artigo 563, do Código de Processo Penal. Precedente da Primeira Seção deste Egrégio Tribunal.

10. Inocorrência de ofensa aos princípios constitucionais da isonomia, do contraditório, da ampla defesa do devido processo legal e da publicidade.

11. Alegação de nulidade do flagrante que se rejeita. O flagrante está formalmente em ordem e não há ilegalidade na prisão realizada pela autoridade policial. Ainda que assim não fosse, eventuais vícios da prisão em flagrante e, por via reflexa, do inquérito policial não se projeta na ação penal para contaminá-la.

12. Pedido de nulidade do processo por inobservância do devido processo legal que se rejeita. Verifica-se dos autos que o processo legal estabelecido na lei n. 11.343/06 foi obedecido.

13. A materialidade e a autoria delitivas encontram-se demonstradas pelas provas produzidas nos autos, sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

14. Para a caracterização do crime do artigo 35 da Lei 11.343/06 é necessária a reunião prévia de criminosos, de forma duradoura, com a finalidade de praticarem o crime de tráfico de drogas, ainda que eles não venham a ocorrer. Conforme disposto no próprio artigo 35 da referida lei, não é necessária a demonstração da reiteração o crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico.

15. Dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer". Dessa forma, em regra, cabe à Acusação demonstrar a imputação contida na denúncia, ao passo que, compete à defesa a prova de excludentes e dirimentes. A defesa não comprovou que desconhecia a existência da droga, não bastando a mera alegação, se desprovida de outros elementos comprobatórios.

16. Penas reduzidas de ofício. A alegação de que a culpabilidade do acusado Alexander é excessiva, pois era pessoa que organizava a atividade da associação criminosa, pois atuava dirigindo a atuação das "mulas", deveria, em verdade ser ponderada na segunda fase da dosimetria da pena, como agravante genérica do artigo 62, I, do Código Penal, ou seja, não poderia ser considerada para aumento da pena-base. A menção ao motivo de lucro fácil que, segundo a magistrada de primeiro grau, é circunstância desfavorável para a traficância, integra-se ao tipo, porque a intenção de lucro é ínsita ao comportamento delituoso no caso concreto. A quantidade de droga apreendida, 1.076g (um quilo e setenta e seis gramas) de cocaína, é quantia que, embora relevante, não chega a ser muito superior do é ordinariamente apreendido no aeroporto de Guarulhos, em poder das ditas "mulas" do tráfico. No que tange à culpabilidade, sob a alegação de que a acusada Mara não agiu de inopino, mas teve tempo de refletir a respeito da conduta e persistir no intento criminoso, anoto que integra o tipo em comento. No que tange à culpabilidade, sob a alegação de que a acusada Valéria agiu com dolo intenso ao aceitar trabalhar como "olheira", anoto que constitui circunstância elementar do tipo, não podendo ser considerado como circunstância desfavorável. (grifos nossos)

Não se ignora que a questão relativa à realização do interrogatório por videoconferência só foi apreciada pelo Tribunal de origem em momento posterior à impetração do *writ*, caracterizando uma possível supressão de instância. Contudo, esta Corte excepciona tal entendimento quando o constrangimento ilegal ocorrido for patente, mesmo porque presente a possibilidade de concessão da ordem de ofício (art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal), sendo esta a hipótese do caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confiram-se:

"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA, ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI 11.900/09. NULIDADE ABSOLUTA. PRECEDENTES DO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. TAL NULIDADE NÃO BENEFICIA O PACIENTE QUE FOI INTERROGADO PESSOALMENTE, UMA VEZ QUE NÃO DEMONSTROU PREJUÍZO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO, PARA ANULAR O PROCESSO DESDE O INTERROGATÓRIO, TÃO-SOMENTE EM RELAÇÃO A ADEMIR SIMÃO, DETERMINANDO-SE A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA SE POR AL NÃO ESTIVER PRESO.

1. As alegações feitas no presente writ não foram apreciadas pelo Tribunal a quo no acórdão impugnado, o que inviabilizaria o exame das matérias por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
2. Todavia, firme é o entendimento desta Corte Superior quanto à inadmissibilidade do interrogatório virtual, anteriormente à edição da Lei 11.900/09, tal como se dá na espécie. Precedentes.
3. A nulidade do processo, entretanto, não alcança o co-réu que foi interrogado pessoalmente e não demonstrou qualquer prejuízo decorrente do interrogatório de ADEMIR SIMÃO.
4. Parecer do MPF pela concessão da ordem.
5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida de ofício, para anular o processo desde o interrogatório, tão-somente em relação a ADEMIR SIMÃO, determinando-se a expedição de alvará de soltura se por al não estiver preso." (HC N. 120.819/SP, Relator o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 29/3/2010);

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EXISTENTE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 2. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. 3.SUPERVENIÊNCIA DA LEI FEDERAL N.º 11.900/09. NÃO INCIDÊNCIA. 4.PROVIMENTO N.º 74/2007 DO TRF DA 3ª REGIÃO. INAPLICABILIDADE. 5.HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não obstante o colegiado do Tribunal de origem não ter examinando a questão objeto desta impetração, tratando os autos de flagrante ilegalidade, pode-se apreciar a matéria nesta Corte Superior.Precedentes.

2. O interrogatório por videoconferência não coadunava com o ordenamento jurídico vigente à época, visto que não existia lei federal, nos idos do ano de 2007, que respaldasse a realização do ato processual tal como foi feito, somente lei estadual, o que enseja a nulidade da audiência. Precedentes do STJ e do STF.

3. Não obstante a superveniente lei federal, que disciplinou a matéria e alterou o Código de Processo Penal (Lei n.º 11.900/09), a Lei n.º 11.819/05, do Estado de São Paulo, foi declarada inconstitucional, em controle difuso, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC n.º 90.900 - extensão/SP, DJe de 13.2.09).

4. Citado como respaldo legal para a feitura dos atos, não compete ao Provimento n.º 74/2007, da Corregedoria Geral do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, abordar tema de cunho processual, pois não detém a competência para legislar sobre a matéria.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de anular o processo, desde o interrogatório judicial, inclusive, determinando-se que outro se realize em consonância com o Código de Processo Penal, devendo o paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo a que for chamado, sob pena de revogação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

medida."(HC 127.911/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 22/03/2010)

As normas constitucionais-processuais, como a que trata o presente *writ*, são garantidoras de proteção ao interesse público quanto à condução do processo segundo as regras do devido processo legal, acarretando a nulidade absoluta do ato processual realizado ao seu arrepio. Acerca do tema, trago à baila os seguintes ensinamentos:

"Sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público (supra, n.2), o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada. (Sobre nulidades absolutas e relativas, v., retro, cap I, n. 2.)

É que as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da aparte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal.

Resulta daí que o ato processual, praticado em infringência à norma ou princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas.

(ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES E ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO. AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL, 10ª ED., SÃO PAULO, REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2007, P. 26-27.)

Nessa esteira, observa-se que, à época da realização do interrogatório, tendo ele sido efetivado por videoconferência, não havia lei federal que respaldasse o ato processual, existindo, apenas, a Lei Estadual nº 11.819/05, do Estado de São Paulo, e o Provimento nº 74/07 da Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região.

Lado outro, no julgamento do HC 90.900, relator para o acórdão Ministro Menezes Direito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou, por maioria, a inconstitucionalidade formal da Lei 11.819/05, do Estado de São Paulo, por entender que tal diploma legal ofende o art. 22, I, da Constituição federal, na medida em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que disciplina matéria eminentemente processual, de competência exclusiva da União para legislar, em acórdão assim ementado:

"Habeas corpus. Processual penal e constitucional. Interrogatório do réu. Videoconferência. Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade formal. Competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. Art. 22, I, da Constituição Federal. 1. A Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo viola, flagrantemente, a disciplina do art. 22, inciso I, da Constituição da República, que prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. 2. Habeas corpus concedido." (HC 90900, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00747)

Ademais, é consabido que a jurisprudência consolidada nesta Corte firmou-se no sentido de que a audiência realizada por videoconferência, anteriormente à vigência da Lei nº 11.900/09, ocorreu ao seu arrepio e em afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI FEDERAL N.º 11.900/09. NÃO INCIDÊNCIA. MATÉRIAS RELATIVAS À REDUÇÃO DA PENA-BASE E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA RECLUSIVA SUPERADAS COM A ANULAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O interrogatório por videoconferência não coadunava com o ordenamento jurídico vigente à época, visto que não existia lei federal, nos idos do ano de 2008, que respaldasse a realização do ato processual tal como foi feito, somente lei estadual, o que enseja a nulidade da audiência. Precedentes do STJ e do STF.

2. Não obstante a superveniente lei federal, que disciplinou a matéria e alterou o Código de Processo Penal (Lei n.º 11.900/09), a Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.819/05, do Estado de São Paulo, foi declarada inconstitucional, em controle difuso, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC n.º 90.900 - extensão/SP, DJe de 13.2.09).

...omissis...

4. Ordem concedida a fim de anular a audiência de interrogatório judicial, determinando-se que outra se realize, seguindo debates e julgamento, em consonância com a nova sistemática prevista no Código de Processo Penal." (HC 164.390, SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 17.12.2010).

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIO DO RÉU POR VIDEOCONFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO À GARANTIDA DA AMPLA DEFESA. PRECEDENTE DO STF. NULIDADE ABSOLUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, dispõe sobre a garantia do devido processo legal, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e a todos os acusados, o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

2. O princípio constitucional da ampla defesa, conforme preconiza a dogmática, divide-se em duas vertentes: a defesa técnica (específica) e a autodefesa (genérica). A primeira deve ser exercida por profissional habilitado, não podendo ser renunciada. A segunda, de caráter facultativo, é exercida exclusiva e pessoalmente pelo acusado, consubstanciando-se nos direitos de presença e audiência.

3. Por direito de presença, entende-se a oportunidade de o acusado acompanhar, ao lado de seu defensor, todos os atos do processo, assegurando a sua maior proximidade com o juiz, as razões e as provas. O direito de audiência, por sua vez, traduz a possibilidade de o acusado influir, pessoalmente, na formação do convencimento do magistrado, o que ocorre no momento do interrogatório judicial, já que poderá oferecer a sua versão dos fatos, invocar o direito ao silêncio etc.

4. Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgando o HC 88.914/SP, firmou entendimento no sentido de que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sistema de videoconferência viola o princípio do due process of law, e seus consectários, assegurados no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

5. No que se refere à Lei 11.819/05, do Estado de São Paulo, vale ressaltar, ainda, que essa lei é também inconstitucional por ferir a competência privativa da União para dispor sobre normas de natureza processual (art. 22, I, da Constituição Federal).

6. Por fim, tendo o paciente sido preso em flagrante em 20/7/07, sendo necessária a repetição de toda instrução criminal, em razão da existência de vício insanável no interrogatório judicial, reconhecido no julgamento deste writ, é forçoso reconhecer o excesso de prazo na sua custódia.

7. Ordem concedida para anular a Ação Penal 2007.61.19.006123-2, que tramitou na 4ª Vara Federal de Guarulhos/SP, desde o interrogatório judicial, inclusive, bem como para relaxar a custódia do paciente, com a expedição do respectivo alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso." (HC 114.225, SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 02.03.2009).

"HABEAS CORPUS . INTERROGATÓRIO REALIZADO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 11.819/05. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. SUPERVENIÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 11.900/09. INAPLICABILIDADE AO CASO.

1. Em conformidade com a Constituição Federal, compete à União legislar sobre material processual (art. 22, I, da CF).

2. No caso, a realização do interrogatório se respaldou na Lei Estadual nº 11.819/05, declarada inconstitucional pelo Excelso Pretório. Assim, impõe-se o reconhecimento da nulidade da ação penal.

3. Considerando a necessidade de renovação dos atos processuais, e também o fato de a prisão ter sido efetivada há mais de dois anos (9.11.07), deve-se permitir que o paciente aguarde em liberdade o desfecho do processo.

4. Ordem concedida, para anular a ação penal desde o interrogatório



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judicial, inclusive; determino que outra seja processada, mediante a previsão legal contida no Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura se, por outro motivo, não estiver preso o paciente." (HC 127.593, SP, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 08.09.2009).

Com isso, o ato processual realizado em infringência à norma constitucional de garantia é absolutamente nulo. Contudo, a decretação de nulidade de um ato processual apenas acarreta a nulidade de outros que dele sejam dependentes. Assim, é nulo o interrogatório realizado por meio de sistema de videoconferência com base em legislação anterior à Lei 11.719/08 e todos os demais atos subsequentes, à exceção do depoimento das testemunhas, por ausência de relação entre eles.

Ressalte-se que os depoimentos das testemunhas foram colhidos de forma regular, não havendo motivos para serem anulados, conforme extrai-se do seguinte trecho do acórdão que julgou a apelação:

"...omissis...

Ou seja, o Provimento nº 75/07 da Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região disciplina os meios necessários visando garantir a comunicação do réu com seu defensor, o acompanhamento pelo réu da colheita das provas e a interferência da defesa na produção da prova oral, a leitura de todo o processado ao réu, a publicidade do ato pela presença de terceiros na sala do fórum, ou seja, objetivando a plena observância das garantias constitucionais das partes.

Não entrevejo, pois, constrangimento ilegal perpetrado pela autoridade impetrada, visto que, do que se infere dos autos, ao réu foi assegurada a oportunidade de comunicar-se com seu advogado, de ouvir o depoimento das testemunhas.

Cumpre ressaltar que o defensor constituído que acompanhou a audiência de instrução sequer suscitou qualquer irregularidade ou prejuízo à defesa por ocasião da audiência, a ensejar a sua anulação (cfr. termo de audiência de fls. 222/223).

Com efeito, preservam-se os depoimentos das testemunhas, sob pena de malferimento dos princípios da conservação dos atos processuais, da economia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processual e do devido processo legal, visto que não há, entre a realização do interrogatório por videoconferência e a colheita dos depoimentos das testemunhas, vínculo de dependência.

Nesse sentido, citem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO REALIZADA POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA FÍSICA DO RÉU. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PROVA DE PREJUÍZO.

I - O interrogatório judicial, como meio de defesa, exige a presença física do acusado. Dessa forma, esta Corte, seguindo entendimento do Pretório Excelso (reiterado recentemente conforme notícia o informativo nº 526) já se manifestou no sentido de que o interrogatório judicial realizado por meio de vídeo conferência constitui causa de nulidade absoluta.

II - Contudo, tal orientação - que reprime a utilização da videoconferência - não se aplica na hipótese de realização de audiência de instrução na qual procedida a oitiva de testemunhas, pois, na linha da jurisprudência desta Corte, a ausência do réu a este ato não configura nulidade se a ele tiver comparecido seu defensor e não lhe tenha, de outro lado, sobrevindo qualquer prejuízo (Precedentes).

III - In casu, durante a audiência, foi assegurado ao paciente o acompanhamento de um defensor público em tempo integral, enquanto na sala de audiência esteve presente outro defensor, tendo sido, inclusive, disponibilizada à defesa uma linha digital reservada, conectada diretamente com o Presídio.

IV - Destarte, não há que se cogitar em prejuízo à defesa. Ademais, cumpre ressaltar que, não obstante seja prescindível a presença do acusado na audiência de instrução, o seu acompanhamento em razão da adoção do sistema de videoconferência, participação virtual, possibilitou, com maior plenitude, o efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório.

Ordem denegada." (HC 85.894/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 02/02/2009) -grifei

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO REALIZADA POR VIDEOCONFERÊNCIA. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO-DEMONSTRADO. PRECEDENTE DO STJ. DENEGADA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade formal da Lei 11.815/05 do Estado de São Paulo, que possibilitava o interrogatório do réu por meio de videoconferência, sob o fundamento de que a referida norma ofenderia o inciso I do art. 22 da Constituição Federal, na medida em que disciplinaria matéria eminentemente processual, cuja competência é reservada privativamente à União (HC 90.900/SP, DJe 27/2/09)

2. "Contudo, tal orientação - que reprime a utilização da videoconferência - não se aplica na hipótese de realização de audiência de instrução na qual procedida a oitiva de testemunhas, pois, na linha da jurisprudência desta Corte, a ausência do réu a este ato não configura nulidade se a ele tiver comparecido seu defensor e não lhe tenha, de outro lado, sobrevivendo qualquer prejuízo (Precedentes)" (HC 85.894/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/2/09).

3. Ordem denegada." (HC 144.715/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009)

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. INTERROGATÓRIO JUDICIAL. VIDEOCONFERÊNCIA. OITIVA DE TESTEMUNHAS. POSSIBILIDADE. NULIDADE RELATIVA. ATO JUDICIAL REGULAR. ANUÊNCIA DO DEFENSOR. AUSÊNCIA DE PROVA DE PREJUÍZO. NULIDADE. ARGUIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. ARTIGOS 563 E 565 DO CPP. LIBERDADE PARA APELAR. PLEITO PREJUDICADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

I. A orientação que reprime a utilização da videoconferência não se aplica na hipótese de realização de audiência de instrução na qual procedida a inquirição de testemunhas, pois na linha de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência desta Corte, a ausência do réu a este ato não configura nulidade se a ele tiver comparecido seu defensor e não lhe tenha, de outro lado, sobrevindo qualquer prejuízo.

II. Regular ato judicial realizado pelo sistema de videoconferência, em que houve a concordância do defensor constituído para tal ato, com comunicação reservada do paciente com seu defensor garantida, bem como seguimento normal das fases posteriores da instrução, sem alegação de qualquer prejuízo.

III. Em termos de nulidade relativa, é necessária a demonstração do efetivo prejuízo decorrente do ato supostamente nulo e inadmissível a arguição de nulidade, pelo interessado, a que haja dado causa, ou concorrido, nos termos dos artigos 563 e 565 do Código de Processo Penal.

IV. Sobrevindo o julgamento do recurso de apelação resta prejudicado o pleito recorrer em liberdade.

V. Ordem parcialmente conhecida e denegada." (HC 155.832/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 14/03/2011)

Dessa forma, deve ser anulado todo o processo penal desde o interrogatório do réu, incluído esse, mas mantidos os depoimentos das testemunhas.

De outro giro, não obstante a declaração de nulidade do ato de interrogatório e demais dele advindos, inclusive da sentença que o condenou à pena superior a 34 anos de reclusão, não se pode falar em soltura do paciente, autuado em flagrante delito em outubro de 2006, e denunciado pela prática de tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico, juntamente com outras duas corrés, sendo apontado como aliciador e financiador da empreitada criminosa.

Acrescente-se, ainda, a vedação expressa trazida pelo art. 44 da Lei de Drogas, que impossibilita a liberdade provisória aos agentes flagrados no cometimento de tal ilícito.

Outrossim, é cediço que o prazo designado para a realização de atos processuais não pode ser fruto de simples aritmética, dado que depende da complexidade de alguns fatores e, no caso concreto, verifica-se o regular trâmite processual, embora com o atraso devido a nulidade por hora decretada. Assim, o constrangimento ilegal por excesso de prazo só poderia ser reconhecido se a demora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fosse injustificada, o que não se vislumbra na presente hipótese.

Confira-se o seguinte precedente:

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.900/09. NULIDADE ABSOLUTA. DECLARAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 44 DA LEI 11.343/07. VEDAÇÃO EXPRESSA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. A Lei 11.900/09, ao imprimir alteração ao Código de Processo Penal, passou a prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência.

II. Hipótese de nulidade do interrogatório eis que realizado por teleaudiência em data anterior à vigência da Lei 11.900/09.

III. Em que pese o ato ter se realizado em conformidade com o Provimento n.º 74 de 11.01.2007, da Corregedoria Geral de Justiça da 3ª Região, referido órgão correcional não detém competência para legislar sobre direito processual penal.

IV. Declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 11.819/05 do Estado de São Paulo pelo Supremo Tribunal Federal em sessão realizada em 30/10/2008, em controle difuso.

V. Declaração de nulidade do interrogatório e demais atos dele dependentes, mantidos os depoimentos de testemunhas, que não guardam qualquer relação de consequência com o ato de interrogatório.

(Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal).

VI. Não obstante a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, e a declaração de nulidade do ato de interrogatório e demais atos dele advindos, como a própria sentença condenatória, o que, de fato, representa um atraso na marcha processual, o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada, o que não se vislumbra na presente hipótese.

VII. Hipótese de denunciado pela prática do delito de tráfico de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas, para o qual há expressa vedação à concessão de liberdade provisória (art. 44 da Lei n.º 11.343/06), o que é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse.

VIII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator." (HC 179.922/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 11/05/2011)

Ante o exposto, conheço parcialmente do presente *writ* e CONCEDO A ORDEM, em parte, para anular a ação penal desde o interrogatório judicial do paciente e demais atos processuais dele dependentes, mantidos os depoimentos de testemunhas.

É como voto.

Comunique-se ao Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello, Relator da Medida Cautelar em HC 109.249, o inteiro teor deste julgado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0028548-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 162.772 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200661190075822

EM MESA

JULGADO: 12/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ALEXANDER AZUBUIKE ONUIGBO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.