



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.659 - SP (2012/0070617-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DANIEL ROMEIRO E OUTROS
ADVOGADO : DANIEL ROMEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SÉRGIO GOMES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E AO DISPOSTO NO ART. 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PLEITO DE ANULAÇÃO DE DUAS AUDIÊNCIAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Hipótese em que se sustenta violação ao princípio da ampla defesa e ao art. 188 do Código de Processo Penal, pleiteando-se a anulação de audiências ocorridas em dezembro de 2003 e em setembro de 2005.

4. O art. 188 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, dispõe que o magistrado, após proceder ao interrogatório, deve indagar de todas as partes, sem exceção, se restam eventuais fatos a serem esclarecidos. Daí o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em reverência ao princípio do contraditório, ter firmado entendimento no sentido da legitimidade da participação dos Corréus nos interrogatórios de outros réus.

5. Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*). Na hipótese dos autos, não é possível atender ao ato postulatório



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defensivo, pois não houve a demonstração de que eventual mácula ocorrida nas audiências em questão tenha trazido prejuízo à defesa do acusado.

6. Verifica-se, de plano, que os interrogatórios tomados na primeira audiência que se pretende invalidar em nada incriminam o Paciente, sendo, portanto, irrelevante para fins defensivos a determinação de repetição do ato instrutório.

7. Por outro lado, a decisão de pronúncia consiste em mero exame de admissibilidade da acusação ministerial, e, como tanto, é incompatível com o grau de certeza necessário à prolação de um juízo condenatório, bastando, para sua legalidade, que, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal, o magistrado reste convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. Nessa linha de raciocínio, não se pode reputar como prejudicial à Defesa o fato de a sentença de pronúncia ter mencionado depoimento colhido na segunda audiência impugnada. Prejuízo haveria somente se esse fosse o único elemento indicativo de que o Paciente teve participação na empreitada criminoso. Todavia, existem nos autos, e na própria decisão, diversos outros indícios de que o Paciente participou da ação delituosa que vitimou o ex-prefeito de Santo André, e esses elementos são suficientes, por si sós, para justificar a atuação do Tribunal do Júri.

8. Rememore-se, ademais, que se está diante de procedimento especial sabidamente bifásico: a sentença de pronúncia, possuindo natureza de decisão interlocutória mista, põe fim somente à primeira fase do procedimento do Júri e, após sua preclusão, inaugura a preparação do processo para julgamento em plenário. Disso se segue que a falta de inquirição da testemunha na primeira etapa processual não implica completa perda de oportunidade defensiva, pois a inquirição sobre os fatos poderá ocorrer em momento oportuno, perante os próprios jurados, juízes naturais do crime doloso contra a vida.

9. Ainda que assim não fosse, o certo é que a Defesa permaneceu em silêncio por aproximadamente cinco anos, quanto à segunda audiência, e sete anos, quanto à primeira, já que as supostas máculas ocorridas nos longínquos anos de 2003 e de 2005 vieram a ser objeto de questionamento só por ocasião das alegações finais, isso já em meados de 2010, a despeito das oportunidades que teve para se manifestar nos autos, além da sempre possível impetração de *habeas corpus*.

10. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

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, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.
SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. ROBERTO PODVAL (P/PACTE) E
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Brasília (DF), 22 de maio de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.659 - SP (2012/0070617-0)

IMPETRANTE : DANIEL ROMEIRO E OUTROS
ADVOGADO : DANIEL ROMEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SÉRGIO GOMES DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de ***habeas corpus substitutivo de recurso especial***, com pedido de liminar, impetrado em favor de SÉRGIO GOMES DA SILVA, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no recurso em sentido estrito n.º 0008456-43.2002.8.26.0268.

A ação penal n.º 268.01.2002.008456-6, em trâmite perante o Juízo da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Itapequerica da Serra/SP, foi instaurada em face de outros acusados, objetivando apurar a suposta prática do crime previsto no art. 159, §§ 1º e 3º, c.c. o art. 29, *caput*, todos do Código Penal, no qual foi vítima o ex-prefeito de Santo André/SP, **Celso Daniel**. Aditada a denúncia, o ora Paciente foi incluído no pólo passivo da demanda, tendo sido-lhe imputada a prática do delito previsto no **art. 121, § 2.º, incisos I, IV e V, do Código Penal**, sob os seguintes fundamentos, em síntese:

"[...] Apurou-se que Sergio Gomes da Silva integrava, à época dos fatos, uma quadrilha dedicada à prática de crimes contra a administração pública de Santo André e também contra particulares que concorriam com suas atividades empresariais, fatos que foram objeto de denúncias ofertadas (cópias anexas), mas encontrou em Celso Daniel, então Prefeito Municipal, forte resistência, iniciada no momento em que o referido alcaide tomou conhecimento da amplitude de atuação daquele grupo criminoso e decidiu adotar as providências necessárias à interrupção das atividades ilícitas daquele que, em princípio, apresentou-se como seu amigo, mas que, no decorrer revelou-se mais apegado ao dinheiro e ao poder.

[...]

A morte da vítima foi idealizada e encomendada por Sergio Gomes da Silva para assegurar a execução de outros crimes que ele e outras pessoas estavam praticando contra a administração pública de Santo André. Tais crimes eram combatidos pelo Prefeito, que, por tal razão, a de erigir-se à condição de intransponível obstáculo, na ótica de Sergio Gomes da Silva deveria ser eliminado definitivamente, como, de fato, o foi" (fls. 65/71).

Seguiu-se a prolação de sentença de pronúncia, nos termos da denúncia aditada.

Inconformado, o Paciente interpôs recurso em sentido estrito, que foi desprovido,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por maioria de votos, quanto à preliminar suscitada, e, à unanimidade, no mérito.

Interpostos embargos de nulidade, foram rejeitados por maioria.

Contra essa decisão, a Defesa interpôs recurso especial e recurso extraordinário, inadmitidos na origem, e com agravos pendentes de apreciação nesta Corte Superior.

No presente writ, a insurgência dos Impetrantes limita-se à nulidade "*que foi objeto de divergência nos atos coatores aqui impugnados*" (fl. 06), a saber, a "*impossibilidade da participação da defesa do então recorrente nos interrogatórios de alguns dos corréus*" (fl. 03). Alegam que, mesmo diante de expressos requerimentos da defesa, foi indeferida a participação dos defensores do Paciente "*nos interrogatórios de 02 (dois) corréus, conforme fls. 3374 dos autos originais (José Edison da Silva e Rodolfo Rodrigues dos Santos Oliveira) e no reinterrogatório do corréu Elcyd Oliveira Brito, consoante fls. 4365 dos autos originais*" (fl. 06).

Afirmam que, ao chegarem ao fórum, no dia 19/12/2003, para a realização dos interrogatórios dos corréus José Edison e Rodolfo Rodrigues, foram informados "*verbalmente pela Sra. Escrevente de sala de que o juiz não autorizaria a participação da defesa do paciente no ato, podendo, contudo, assisti-lo*" (fl. 07). Irresignados, atravessaram petição requerendo a participação ativa nos interrogatórios dos réus, o que restou indeferido pelo Juízo processante. Por outro lado, por ocasião do reinterrogatório do corréu Elcyd Oliveira Brito, em 09/2005, a participação foi negada à Defesa ao argumento de que a legislação só abre oportunidade de palavra ao advogado do acusado que está sendo interrogado.

Sustentam, em suma, que "*na atual sistemática da legislação processual penal, o interrogatório, para além de instrumento de autodefesa, é também efetivo meio de prova*" (fl. 13), bem como que "*a participação da defesa dos corréus, por intermédio de seus defensores constituídos, nos interrogatórios possui expressa previsão legal no art. 188 do Código de Processo Penal*" (fl. 16). Ponderam que "*as características do interrogatório de meio de prova e meio de defesa são perfeitamente compatíveis e conciliáveis, de modo que uma característica jamais pode ser invocada para excluir a outra, como pretendeu a autoridade coatora*" (fl. 23). Esclarecem que "*esse mesmo interrogatório realizado à revelia do paciente foi o alicerce utilizado pelo juízo processante na decisão de pronúncia, sobressaindo-se o gravame ocasionado pelo desrespeito às garantias constitucionais em questão e pelo desapego do magistrado às formas e procedimentos previstos na legislação processual penal*" (fl. 25). Advogam, ainda,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que se trata de nulidade absoluta, e não de mera irregularidade – como reconhecido na sentença de pronúncia –, e que, mesmo que se entenda se tratar de nulidade relativa, a Defesa logrou manifestar-se nos momentos oportunos – anteriormente à realização dos atos e em alegações finais –, não havendo se falar em preclusão.

Requerem, assim, liminarmente, o sobrestamento da ação penal até o julgamento final do presente writ. No mérito, pede seja declarada *"a nulidade absoluta consistente no indeferimento da formulação de reperguntas pelos defensores do paciente durante os interrogatórios dos corréus JOSÉ EDISON DA SILVA e RODOLFO RODRIGUES DOS SANTOS OLIVEIRA, ocorridos em dezembro de 2003, e no re-interrogatório do corréu ELCYD OLIVEIRA BRITO, ocorrido em setembro de 2005, com a consequente anulação destes e de todos os atos processuais a eles posteriores praticados no bojo da ação penal nº 268.01.2002.008456-632 (controle nº 101/02), que está na iminência de voltar a tramitar perante a 1ª Vara da Comarca de Itapeverica da Serra, inclusive da decisão de pronúncia e dos posteriores acórdãos proferidos pela 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de recurso em sentido estrito e embargos de nulidade, ante o evidente e inegável cerceamento de defesa"* (fls. 49/50).

Liminar indeferida às fls. 697/698.

Informações às fls. 707/1427.

O Ministério Público manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer assim sintetizado:

"HABEAS CORPUS. Crime de homicídio qualificado. Art. 121, §2º, I, IV e V do Código Penal. Impetração que objetiva assegurar a participação da defesa do paciente no interrogatório dos demais corréus. Acórdão do Eg. TJ/SP que rejeitou os embargos de nulidade para manter a decisão que negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto contra a decisão que pronunciou o paciente. Habeas corpus fundado no art. 5º, LXVIII da Constituição Federal e arts. 647 e 648, VI do CPP. Alegação de nulidade do processo por violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa em razão do indeferimento da participação da defesa do paciente no interrogatório dos demais corréus. Descabimento. Orientação jurisprudencial desta Colenda Corte posta no sentido de que a participação de advogados dos corréus não tem amparo legal visto que criaria uma forma de constrangimento para o interrogado. Precedentes. Parecer pela denegação do writ ora apreciado" (fl. 1431.)

Informação do Supremo Tribunal Federal, às fls. 1461/1467, consignando que deferiu a liminar pleiteada na medida cautelar no *habeas corpus* n.º 115.714, para o fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suspender o trâmite da ação penal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.659 - SP (2012/0070617-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E AO DISPOSTO NO ART. 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PLEITO DE ANULAÇÃO DE DUAS AUDIÊNCIAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Hipótese em que se sustenta violação ao princípio da ampla defesa e ao art. 188 do Código de Processo Penal, pleiteando-se a anulação de audiências ocorridas em dezembro de 2003 e em setembro de 2005.

4. O art. 188 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, dispõe que o magistrado, após proceder ao interrogatório, deve indagar de todas as partes, sem exceção, se restam eventuais fatos a serem esclarecidos. Daí o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em reverência ao princípio do contraditório, ter firmado entendimento no sentido da legitimidade da participação dos Corréus nos interrogatórios de outros réus.

5. Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*). Na hipótese dos autos, não é possível atender ao ato postulatório defensivo, pois não houve a demonstração de que eventual mácula ocorrida nas audiências em questão tenha trazido prejuízo à defesa do acusado.

6. Verifica-se, de plano, que os interrogatórios tomados na primeira audiência que se pretende invalidar em nada incriminam o Paciente, sendo, portanto, irrelevante para fins defensivos a determinação de repetição do ato instrutório.

7. Por outro lado, a decisão de pronúncia consiste em mero exame de admissibilidade da acusação ministerial, e, como tanto, é incompatível com o grau de certeza necessário à prolação de um juízo condenatório, bastando, para sua legalidade, que, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal, o magistrado reste convencido da materialidade do fato e da existência de indícios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficientes de autoria ou de participação. Nessa linha de raciocínio, não se pode reputar como prejudicial à Defesa o fato de a sentença de pronúncia ter mencionado depoimento colhido na segunda audiência impugnada. Prejuízo haveria somente se esse fosse o único elemento indicativo de que o Paciente teve participação na empreitada criminosa. Todavia, existem nos autos, e na própria decisão, diversos outros indícios de que o Paciente participou da ação delituosa que vitimou o ex-prefeito de Santo André, e esses elementos são suficientes, por si só, para justificar a atuação do Tribunal do Júri.

8. Rememore-se, ademais, que se está diante de procedimento especial sabidamente bifásico: a sentença de pronúncia, possuindo natureza de decisão interlocutória mista, põe fim somente à primeira fase do procedimento do Júri e, após sua preclusão, inaugura a preparação do processo para julgamento em plenário. Disso se segue que a falta de inquirição da testemunha na primeira etapa processual não implica completa perda de oportunidade defensiva, pois a inquirição sobre os fatos poderá ocorrer em momento oportuno, perante os próprios jurados, juízes naturais do crime doloso contra a vida.

9. Ainda que assim não fosse, o certo é que a Defesa permaneceu em silêncio por aproximadamente cinco anos, quanto à segunda audiência, e sete anos, quanto à primeira, já que as supostas máculas ocorridas nos longínquos anos de 2003 e de 2005 vieram a ser objeto de questionamento só por ocasião das alegações finais, isso já em meados de 2010, a despeito das oportunidades que teve para se manifestar nos autos, além da sempre possível impetração de *habeas corpus*.

10. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

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

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, "uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas-corpus'".

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acha impregnado o remédio constitucional do "habeas corpus" [...].

[...].

Desse modo, cabe insistir na asserção de que o "habeas corpus", em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura poderoso meio de cessação do injusto constrangimento que afeta o direito de locomoção física das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o "habeas corpus" percorreu em nosso sistema de direito positivo, e consolidada, hoje, a função clássica que lhe é inerente - não obstante as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, como o atesta o art. 10 do AI nº 5/68 -, causa-me preocupação essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça e que, caso eventualmente prevaleça, implicará gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ restringiu, excessivamente, o alcance do remédio constitucional do “habeas corpus”, impondo-lhe condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis. (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de *writ* substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, conforme relatado, a insurgência limita-se à alegada ofensa ao princípio da ampla defesa e ao art. 188 do Código de Processo Penal, tendo em vista *"a impossibilidade da participação da defesa do então recorrente nos interrogatórios de alguns dos corréus"* (fl. 03). Da análise dos autos, verifica-se que os atos questionados pelos Impetrantes são dois: (i) audiência realizada em dezembro de 2003, em que foram interrogados os corréus JOSÉ EDISON DA SILVA e RODOLFO RODRIGUES DOS SANTOS OLIVEIRA; e (ii) audiência realizada em setembro de 2005, em que foi re-interrogado o corréu ELCYD OLIVEIRA BRITO.

Saliento, de início, que as provas pré-constituídas revelam que, de fato, nas duas audiências precitadas, o Magistrado condutor indeferiu os pedidos da Defesa, no sentido de que fosse garantida a formulação de perguntas aos corréus (fl. 149, 2003 – *"Indefiro, outrossim, a participação do subscritor no interrogatório dos corréus Edison e Rodolfo"* e fl. 153, 2005 – *"fica consignado que não foi concedida a palavra aos advogados dos demais co-réus, não obstante pedido verbal por eles feito"*). O exame que se segue será realizado, portanto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo em conta essas duas evidências.

Confira-se, para boa compreensão da controvérsia, os trechos relevantes da sentença de pronúncia:

"[...] Por outro lado, com relação à impossibilidade de solicitação de esclarecimentos aos demais co-réus, quando de seus respectivos interrogatórios, entendo que a Defesa, em parte, tem razão.

Não obstante o respeitável entendimento do digno magistrado então oficiante, tenho para mim que o princípio da ampla defesa autoriza que o advogado de um determinado acusado possa solicitar esclarecimentos no interrogatório de outro.

Todavia, não foram consignadas as perguntas ou esclarecimentos que seriam formulados, tornando-se impossível aquilatar a ocorrência do efetivo prejuízo ao contraditório.

Outrossim, antes do encerramento da instrução, a Defesa foi expressamente instada acerca da existência de diligências pendentes (fls. 6889), sendo que nada mencionou acerca da necessidade da realização de novos interrogatórios (fls. 6900/6903).

Como se não bastasse, houve superveniente desmembramento do feito em relação aos demais acusados, tornando-se impossível, neste processo, efetivar novas oitivas dos co-réus, os quais estão sendo processados em autos apartados, já foram pronunciados e somente serão ouvidos quando do julgamento no plenário do Júri.

Em suma, o vício ora em pauta deve ser reputado como simples irregularidade, já sanada pela não arguição oportuna e pela impossibilidade de repetição dos autos. [...].

Na fase policial, os co-réus Ivan, Itamar, Rodolfo, José Edson e Marcos confessaram, em parte, a prática da conduta que lhes é imputada, admitindo o arrebatamento da vítima, com o intuito de extorsão e o encaminhamento dela para um cativeiro num sítio no município de Juquitiba, nesta comarca de Itapecerica da Serra.

Segundo o depoimento inquisitorial do próprio José Edson, os acusados ficaram assustados com a repercussão dos fatos, razão pela qual Ivan ordenou: 'dispensa esse homem, que esse homem é uma bomba' e que 'era para sumir com a bomba' (fls. 654/655).

Por isso, José Edson, responsável pelo cativeiro, providenciou a execução, determinando ao adolescente Laércio que desfechasse os disparos contra a vítima.

É certo que, em juízo os acusados José Edson, Itamar, Rodolfo e Marcos se retrataram, negando qualquer participação e conhecimento acerca dos fatos.

Contudo, todas aquelas confissões e delações colhidas na fase policial foram, a priori, confirmadas sob o crivo do contraditório, por meio das declarações judiciais dos Delegados Armando de Oliveira Costa Filho e José Masi. [...]

Contudo, também há elementos de prova a lastrear a tese ministerial explanada no aditamento à denúncia, ou seja, de que, talvez, a roupagem de crime patrimonial foi usada apenas para mascarar homicídio qualificado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

planejado pelo acusado Sergio Gomes da Silva.

Nesse sentido é o depoimento judicial do co-réu Elcyd: de que a morte da vítima foi encomendada e que o sequestro foi uma 'simulação' para encobrir a 'facilitação' promovida pelo réu Sergio Gomes da Silva, condutor do veículo em que a vítima era transportada (fls. 4383 e 4384).

Ainda com relação aos 'indícios' de autoria envolvendo Sergio Gomes da Silva, é possível mencionar o depoimento da testemunha de acusação Ailton Alves Feitosa, colega de prisão do falecido Dionísio.

Essa testemunha disse, em juízo ter presenciado Dionísio conversando ao telefone, planejando os fatos em questão, dizendo que a vítima Celso Daniel, quando do arrebatamento, estaria com um outro indivíduo, também 'peixe grande', o qual 'facilitaria' a empreitada (fls. 4891v).

Fora isso, também informou ter escutado Dionísio dizendo que o caso era de 'queima de arquivo' (fls. 4891v).

Reforçando a verossimilhança de tais declarações, notadamente quanto à tese de facilitação imputada ao acusado, é possível destacar as anormais circunstâncias do arrebatamento.

Note-se que o arrebatamento da vítima foi propiciado por sintomáticas 'falhas mecânicas', relatadas pelo próprio réu, envolvendo a transmissão e as travas das portas do veículo blindado, no qual ele transportava a vítima.

É certo que a Defesa, em suas respeitáveis alegações finais, pontualmente impugnou as provas incriminadoras.

Contudo, havendo dúvida sobre a real natureza do delito e 'indícios' em detrimento do ora acusado, as questões deverão ser dirimidas pelo Tribunal do Júri, que, por força de expressa disposição da Constituição Federal, é o 'juiz natural' para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida." (fls. 395/400.)

A Corte de origem, por sua vez, quando do exame dos embargos de nulidade interpostos pela Defesa, exarou as seguintes razões de decidir:

"[...] Ab initio, imperioso destacar que esta relatoria, em julgados anteriores, já decidiu que o descumprimento do que estabelece o artigo 188, do Código de Processo Penal, representa mera irregularidade que não se erige à categoria de nulidade, se, como in casu, não prejudicou a apuração da verdade, e não causou prejuízo às partes, como restou amplamente explicitado no v. acórdão embargado.

Ademais, o interrogatório do réu, enquanto último ato de instrução do processo, embora possa ainda constituir meio de prova, serve prevalentemente como instrumento de defesa, na medida em que permite ao interrogado impugnar todas as provas até então produzidas, inexistindo nulidade pelo fato do MM. Juízo a quo ter indeferido, frise-se àquela altura do processo, a participação do Defensor do ora embargante no interrogatório dos corréus, pois, no caso dos autos, tal ato manteve seu caráter de instrumento de autodefesa, tendo sido respeitados os direitos dos inquiridos, que não poder ser coagidos a se sujeitarem às perguntas de advogado do corréu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Anote-se, ainda, que antes da decisão de pronúncia, ficou-se inerte a Defesa, deixando de apontar a presença de prejuízo concreto experimentado pelo recorrente.

Na verdade, há diversos argumentos a favor da manutenção do v. acórdão embargado e, portanto, contrários ao acolhimento da preliminar arguida pela combativa defesa.

[...] Desta forma, até para não cansar o leitor destes árdios autos, faço minhas as palavras do percuriente Procurador de Justiça oficiante, ao explicar as razões pelas quais o r. entendimento do I. segundo Juiz não pode prevalecer (fls. 7495/7498):

'A primeira razão é a de que a participação ativa de outros corréus ao interrogatório de um deles não tem previsão legal. E onde não há previsão legal não há, consequentemente, nulidade.

A segunda razão é a de que a providência buscada pelo Embargante exigiria, na verdade, não apenas a presença de seu Defensor aos interrogatórios dos corréus antes mencionados, mas também dos próprios acusados, e obviamente, dos demais acusados e seus Defensores, pois se a obrigatoriedade existe dessa ativa participação, TODOS os interrogatórios realizados nesta ação penal deveriam ser repetidos, intimando-se TODOS os demais acusados e seus Defensores para deles participarem ativamente.

A terceira razão decorre da constatação de que, desmembrando o feito em relação aos demais acusados, a prevalecer o entendimento do Voto Vencido estar-se-ia, nesse processo, atingindo outras ações penais, de corréus que sequer participaram do presente Julgamento. Seriam atingidas, portanto, outras relações processuais, de outros acusados, em clara violação dos limites subjetivos do processo penal. [...]

A quarta razão pela qual os presentes Embargos não podem ser acolhidos reside na constatação de que, a catarse a pretensa nulidade, estar-se-á afirmando ser legítimo arrolar-se corréu como testemunha de defesa, ou de acusação [...]

Reputa-se, portanto, correta a solução adotada pelo v. acórdão vergastado." (fls. 686/693.)

Pois bem.

O art. 188 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003, dispõe que o magistrado, após proceder ao interrogatório, deve indagar de todas as partes, sem exceção, se restam eventuais fatos a serem esclarecidos:

*"Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará **das partes** se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante" (grifei.)*

Não ignoro que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, interpretando o referido dispositivo, firmou entendimento no sentido da legitimidade da participação dos Corréus nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interrogatórios de outros réus (confira-se: HC. 94.016/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 27/02/2009; AP 470/AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 14/03/2008). Assim, em princípio, embora a participação do advogado do Corréu no interrogatório seja facultativa, é da Defesa de cada réu a faculdade de decidir acerca da conveniência, primeiro, de comparecer ou não à audiência, e, segundo, em caso de comparecimento, de pedir ou não esclarecimentos.

Não obstante, vale lembrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é **uníssona** no sentido de que, tanto nos casos de **nulidade relativa** quanto nos casos de **nulidade absoluta**, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a **efetiva demonstração de prejuízo** ao acusado.

É o que se prevê no art. 563, do Código de Processo Penal, o qual positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades (*pas de nullité sans grief*):

"Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Confira-se os precedentes do Supremo Tribunal Federal:

*"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância do procedimento de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que **“o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas”** (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III – O acórdão ora questionado está em perfeita consonância com decisões de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV – Ordem denegada". (HC 117102, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, publicado em 13-08-2013 – grifei.)*

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RITO DA LEI N. 10.409/02. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE ABSOLUTA OU RELATIVA. EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. 1. Tráfico de entorpecentes. Inobservância do rito da Lei n. 10.409/02, no que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tange à realização de dois interrogatórios: um antes do recebimento da denúncia (art. 38) e outro na audiência de instrução e julgamento (art. 41). 2. A Juíza sentenciante concentrou, em um só ato, os dois interrogatórios, possibilitando ao paciente e a seu advogado esclarecimentos a propósito dos fatos imputados, na forma do artigo 185 do Código de Processo Penal. A defesa técnica fez todos os questionamentos a seu juízo pertinentes, sem nada reclamar. 3. **A alegação de nulidade, relativa ou absoluta, deve ser acompanhada da demonstração de prejuízo, o que não ocorreu na espécie. Ordem denegada**". (HC 86166, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 17-02-2006 – grifei.)

Na hipótese dos autos, não é possível atender ao ato postulatório defensivo, pois não houve a demonstração de que eventual mácula ocorrida nas audiências em questão tenha trazido qualquer prejuízo à defesa do acusado. Com efeito, a anulação das audiências suprarreferidas mostra-se, no caso, **medida absolutamente desnecessária e protelatória**.

Em primeiro lugar, com relação aos corréus José Edison e Rodolfo (audiência de dezembro/2003), é de se notar que, para formar seu convencimento, o Magistrado de piso utilizou **apenas** os depoimentos prestados na **fase inquisitorial**. Os depoimentos prestados em juízo em nada incriminam o Paciente, pois, conforme esclarecido no *decisum*, ambos "*se retrataram, negando qualquer participação e conhecimento acerca dos fatos*" (fl. 398 – sentença de pronúncia). Nesses termos, seria irrelevante para fins defensivos a determinação de repetição do ato instrutório.

Ressalte-se, por outro lado, que a decisão de pronúncia consiste em mero exame de admissibilidade da acusação ministerial, e, como tanto, é incompatível com o grau de certeza necessário à prolação de um juízo condenatório, bastando, para sua legalidade, que, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal, o magistrado reste convencido da materialidade do fato e da existência de **indícios suficientes** de autoria ou de participação.

Exemplificativamente:

"[...].

DECISÃO DE PRONÚNCIA. ALEGADA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. POSSIBILIDADE. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se a favor da sociedade. É o mandamento do artigo 413 do Código Processual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal.

2. Na hipótese vertente, ao proferir a decisão provisional o magistrado singular se reportou ao depoimento de testemunhas presenciais para concluir pela existência de indícios suficientes da autoria do delito atribuído ao paciente, tratando-se de provimento judicial que, embora de forma sucinta, atende à norma contida no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

[...]." (HC 228.391/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 04/12/2013.)

Nessa linha de raciocínio, não se pode reputar como prejudicial à Defesa o fato de a sentença de pronúncia ter mencionado depoimento colhido na audiência realizada em setembro de 2005. Prejuízo haveria **somente** se esse fosse o **único** elemento indicativo de que o Paciente teve participação na empreitada criminosa.

Todavia, existem nos autos, e na própria decisão, **diversos outros indícios** de que o Paciente participou da ação delituosa que vitimou o ex-prefeito de Santo André, e esses elementos são **suficientes**, por si sós, para justificar a atuação do Tribunal do Júri. Em outros termos: embora tenha sido mencionado no corpo da sentença de pronúncia o interrogatório do corréu Elcyd, o fato é que esse **não foi o único argumento** exarado com vistas a submeter o acusado ao plenário do Júri. Conforme transcrições acima, o Magistrado apontou, para além dos elementos colhidos na fase pré-processual – que revelaram, em tese, o *modus operandi* da ação delituosa –, o depoimento da testemunha de acusação Ailton Alves Feitosa no sentido de que o crime teria como motivação uma suposta "queima de arquivo", bem como as **anormais circunstâncias do delito** (*presumptiones hominis*).

Com efeito, esses fundamentos evidenciam não só o adimplemento da regra contida no art. 93, inciso IX, da Constituição da República, mas também delineiam um cenário em que há dúvida razoável quanto à participação *lato sensu* do réu no homicídio em comento, devendo a incerteza ser sanada em momento oportuno pelos jurados. Não está presente, assim, **nenhuma hipótese legal de afastamento da competência constitucional do Tribunal do Júri**.

Rememore-se, ademais, que se está diante de procedimento especial sabidamente **bifásico**: a sentença de pronúncia, possuindo natureza de decisão interlocutória mista, põe fim somente à primeira fase do procedimento do Júri e, após sua preclusão, inaugura a preparação do processo para julgamento em plenário. Disso se segue que a falta de inquirição da testemunha na primeira etapa processual não implica completa perda de oportunidade defensiva, pois a inquirição sobre os fatos poderá ocorrer de forma plena em momento oportuno, perante os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprios jurados, juízes naturais do crime doloso contra a vida.

Inexiste, portanto, prejuízo que permita a invalidação dos atos.

Em *obiter dictum*, ainda que houvesse o prejuízo processual alegado, seria relevante notar que os defensores tiveram longa data para, no seio do contraditório, e diante da explícita possibilidade de juntada de documentos em qualquer fase processual (art. 231 do CPP), apresentar contra-provas ou, simplesmente, sublinhar as **contradições** ou **inconsistências** que tornariam **indispensável** a repetição dos interrogatórios dos Corréus. Isso sem esquecer que o ordenamento processual, garantista como é, viabiliza a impetração, **a qualquer tempo**, da ação de *habeas corpus* para questionar ilegalidades como a presente, sendo certo que esta Corte, mesmo em casos de não conhecimento do *writ*, sempre examina o mérito da impetração para eventual reparação *ex officio* de ilegalidade flagrante. Não obstante, a Defesa permaneceu em silêncio por aproximadamente **cinco anos**, quanto à segunda audiência, e **sete anos**, quanto à primeira, já que as supostas máculas ocorridas nos longínquos anos de 2003 e de 2005 vieram a ser objeto de questionamento só por ocasião das alegações finais, isso já em meados de 2010. Não bastasse, como bem salientou o Magistrado sentenciante, anteriormente à apresentação da referida peça, a Defesa chegou a ser instada a se manifestar acerca da existência de diligências pendentes, ocasião em que igualmente deixou de requerer a repetição dos atos ou de apresentar qualquer contra-prova sobre o tema.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0070617-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 238.659 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1012002 2680120020084566 84564320028260268 94564320028260268

EM MESA

JULGADO: 22/05/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARIO LUIZ BONSAGLIA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DANIEL ROMEIRO E OUTROS
ADVOGADO	: DANIEL ROMEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: SÉRGIO GOMES DA SILVA
CORRÉU	: JOSÉ EDISON DA SILVA
CORRÉU	: ELCYD OLIVEIRA BRITO
CORRÉU	: MARCOS ROBERTO BISPO DOS SANTOS
CORRÉU	: IVAN RODRIGUES DA SILVA
CORRÉU	: RODOLFO RODRIGO DOS SANTOS OLIVEIRA
CORRÉU	: JOSÉ ERIVAN ALEIXO DA SILVA
CORRÉU	: ITAMAR DOS SANTOS SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. ROBERTO PODVAL (P/PACTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.