



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 82.039 - SP (2017/0055911-5)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : CLEBER CAIANA DA SILVA
ADVOGADO : DANIEL XAVIER DE SOUZA E OUTRO(S) - SP361585
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. CONDENAÇÃO. NULIDADES. NÃO OCORRÊNCIA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. USO DE ALGEMAS. PRECLUSÃO. ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. SUPOSTA AGRESSÃO DO RÉU NO FLAGRANTE. PROVA CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. REEXAME DOS ELEMENTOS FÁTICOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. *Embora o Supremo Tribunal Federal haja editado súmula vinculante com limites para o uso de algemas, a ausência de comprovação de prejuízo concreto para a parte impossibilita a anulação do ato processual em que o acusado esteve algemado, em razão do princípio do pas de nullité sans grief. Também o fato de a defesa nem sequer haver questionado o uso de algemas no primeiro momento processual oportuno impossibilita o reconhecimento de eventual nulidade do referido ato processual, em razão da preclusão (HC n. 297.449/RS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 16/4/2018).*

2. A alteração da ordem de inquirição das testemunhas (art. 212 do CPP) somente poderia ocasionar, no máximo, nulidade relativa, a depender da efetiva demonstração de prejuízo, o que não ocorreu no caso, já que o recorrente se limitou a alegar genericamente suposta existência de violação do direito à ampla defesa. Precedentes.

3. A condenação do recorrente não foi baseada efetivamente no silêncio do réu e sim no farto conjunto probatório da lide, consistente na prisão em flagrante, relato das testemunhas, filmagem de câmeras de segurança e laudos periciais, não havendo que se falar em ocorrência de nulidade.

4. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a mera referência ao silêncio do réu, na fundamentação da sentença, não acarreta a nulidade do ato se o decreto condenatório está embasado em outras provas e elementos informativos. [...] A condenação do agravante não foi motivada apenas pelo seu silêncio perante a autoridade policial, mas, sim, pelos demais elementos colhidos durante as fases inquisitiva e judicial, o que afasta a alegada nulidade da sentença (AgInt no AREsp n. 180.523/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 7/11/2016).*

5. Para que fosse possível a análise da suposta agressão do réu pelos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agentes da Guarda Civil Metropolitana, quando de sua prisão em flagrante; da alegação de que os depoimentos dos policiais seriam totalmente falaciosos e descabidos; bem como da tese de que a condenação seria contrária à prova dos autos, seria imprescindível o reexame dos elementos fáticos da lide, o que é vedado na via eleita, que possui rito célere e cognição sumária.

6. Recurso em *habeas corpus* improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 82.039 - SP (2017/0055911-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por **Cleber Caiana da Silva** contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (HC n. 2224220-88.2016.8.26.0000 – fls. 276/281).

Colhe-se dos autos que o recorrente foi condenado como incurso no art. 155, § 4º, II, c/c o art. 14, II, por duas vezes, na forma do art. 71, todos do Código Penal, à pena de 5 anos, 2 meses e 6 dias de reclusão, além do pagamento de 25 dias-multa (Processo n. 0005542-80.2016.8.26.0602 – fls. 247/255).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de origem, alegando, em suma, a ausência dos requisitos para a segregação cautelar e a ocorrência de nulidades consistentes: na inversão da ordem de inquirição das testemunhas de acusação; no uso de algemas durante a audiência de instrução; na violação do direito do ora recorrente de permanecer em silêncio; bem como na omissão da sentença quanto aos testemunhos dos agentes públicos, que seriam contrários às provas dos autos.

O Tribunal *a quo* denegou a ordem (fls. 276/281).

Daí o presente recurso ordinário, no qual o recorrente alega a ocorrência das seguintes nulidades: uso de algemas durante a audiência de instrução, supostamente sem motivação idônea, o que afrontaria a Súmula Vinculante n. 11/STF; o fato de o Juiz ter formulado perguntas diretamente às testemunhas, contrariando o art. 212 do Código de Processo Penal; a suposta agressão do réu pelos agentes da Guarda Civil Metropolitana, quando de sua prisão em flagrante; os depoimentos dos policiais seriam *totalmente falaciosos e descabidos* (fl. 291); a condenação seria contrária a prova dos autos; bem como na alegada violação do seu direito de permanecer em silêncio. Nesse aspecto, aduz que (fl. 292):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Ademais, na sentença condenatória, desde início se observa o pouco apreço com garantias constitucionais, notadamente por ter como norte a condenação do acusado seu silêncio na presença da autoridade policial.

Ora, o Estado na condição de acusador é que deve prover elementos suficientes a indicar autoria delitiva e materialidade, não o réu propiciar elementos para demonstrar que é inocente ou qualquer outra causa que revista seus atos de excludente de ilicitude, haja visto que constitui um direito que lhe é presumido.

Em absoluto, tanto pelas normas processuais penais, o texto constitucional e as garantias individuais consolidadas internacionalmente, a preservação do silêncio do réu não pode ser interpretada em seu desfavor sob qualquer hipótese. Sendo este um dos principais pilares da condenação, novamente estando presente o prejuízo a defesa dos direitos do réu.

[...]

Sem pedido liminar, com contrarrazões (fls. 295/302), o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso, em parecer assim ementado (fl. 313):

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO TENTADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. “CHUPA-CABRA”. NULIDADES. NÃO PROVIMENTO.

1. Pretende o recorrente seja reconhecida a nulidade da audiência de instrução, pela inquirição direta das testemunhas pelo magistrado, pelo uso de algemas e nulidade dos depoimentos das testemunhas, supostamente falaciosos.

2. Inconformismo com o uso de algemas não arguido no momento oportuno. Preclusão. Precedente STJ.

3. Inquirição das testemunhas pelo magistrado, na presença da Defesa e do Ministério Público, sem demonstração de prejuízo. Nulidade inexistente. Precedente STJ.

4. Aprofundado exame de fatos e provas, incabível na via eleita. Demais disso, a simples leitura da sentença condenatória demonstra a existência de farto acervo probatório, não apenas depoimentos testemunhais, que comprovam a prática delitiva pelo ora recorrente.

5. Constrangimento ilegal inexistente.

6. Parecer pelo conhecimento e não provimento do recurso ordinário em *habeas corpus*.

Por fim, registro que, em consulta ao portal do Tribunal de origem,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verifiquei que a apelação interposta pela defesa foi parcialmente provida em 6/11/2017, a fim de se reduzir a reprimenda a 2 anos, 1 mês e 12 dias de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 16 dias-multa.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 82.039 - SP (2017/0055911-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O recurso não merece prosperar.

O Tribunal de origem entendeu preclusa a matéria relativa ao uso de algemas na audiência de instrução, nos seguintes termos (fl. 280 – grifo nosso):

[...]

Em relação ao uso de algemas, melhor sorte não assiste à defesa do acusado, porque, **muito embora não registrado no termo de audiência** (fl. 29), havia risco para a tranquilidade e segurança daqueles que estavam participando, de qualquer forma, dos trabalhos realizados durante a audiência.

De mais a mais, **eventual constrangimento, irregularidade ou prejuízo decorrente do uso daquele objeto deveria ter sido alegado no momento oportuno, ou seja, no ato de realização da audiência de instrução, o que deixou de ser feito, restando a matéria preclusa, portanto.**

[...]

Dessa forma, decidiu em harmonia com a jurisprudência desta Corte, pois, *embora o Supremo Tribunal Federal haja editado súmula vinculante com limites para o uso de algemas, a ausência de comprovação de prejuízo concreto para a parte impossibilita a anulação do ato processual em que o acusado esteve algemado, em razão do princípio do pas de nullité sans grief. Também o fato de a defesa nem sequer haver questionado o uso de algemas no primeiro momento processual oportuno impossibilita o reconhecimento de eventual nulidade do referido ato processual, em razão da preclusão.* (HC n. 297.449/RS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 16/4/2018).

No mesmo sentido, confirmam-se, ainda:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO. USO DE ALGEMAS. NULIDADE. PRECLUSÃO. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A inexistência de registro em ata do uso indevido de algemas durante a audiência, não manifestando a defesa qualquer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconformismo na oportunidade, torna preclusa a matéria.

2. A declaração de nulidade depende da efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

3. Agravo regimental provido para prover o recurso especial a fim de, afastada a nulidade reconhecida no acórdão, determinar que o Tribunal de origem prossiga no julgamento do recurso de apelação.

(AgInt no REsp n. 1.485.764/RS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta turma, DJe 25/9/2018 – grifo nosso).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS NO ACUSADO. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. RÉU ACOMPANHADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO ATO. PRECLUSÃO.

1. Não obstante o enunciado 11 da Súmula Vinculante prescreva que "só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado", a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que tal eiva possui natureza relativa, devendo ser arguida oportunamente, e com a devida demonstração do prejuízo suportado pelo réu.

2. No caso em apreço, a par de não haver no termo de audiência de custódia qualquer registro de que o acusado permaneceu algemado, verifica-se que estava acompanhado pela Defensoria Pública, que em momento algum suscitou a questão, o que revela a preclusão do exame do tema.

[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 387.476/PR, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/8/2017 – grifo nosso).

No que se refere ao art. 212 do Código de Processo Penal, esta Corte entende que a alteração da ordem de inquirição das testemunhas somente poderia ocasionar, no máximo, nulidade relativa, a depender da efetiva demonstração de prejuízo, o que não ocorreu no caso, já que o recorrente se limitou a alegar genericamente suposta existência de violação do direito à ampla defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. INVERSÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Este Sodalício Superior possui entendimento de que, não obstante a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquirição das testemunhas, a não observância dessa regra acarreta, no máximo, nulidade relativa. É necessária, ainda, a demonstração de efetivo prejuízo, por se tratar de mera inversão, visto que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar perguntas, ainda que subsidiariamente, para a busca da verdade.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 1.260.066/PR, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 1º/8/2018 – grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. TESTEMUNHA. INQUIRÇÃO DIRETA PELO MAGISTRADO. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. NÃO OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A PARTE.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a nulidade referente à incorreta aplicação do art. 212, do CPP é relativa, demandando comprovação do prejuízo na primeira oportunidade em que a parte falar nos autos.

2. Ainda que não observada a ordem de formulação das perguntas às testemunhas, consoante preconizado no art. 212 do CPP, porque iniciada a inquirição pelo próprio magistrado, deveriam as partes interessadas arguir a irregularidade em momento oportuno, sob pena de preclusão.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.690.814/RJ, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/8/2018 – grifo nosso).

Quanto à alegada violação do direito de o réu permanecer em silêncio, também não vislumbro a existência de constrangimento ilegal.

Com efeito, o Juízo de primeiro grau, ao entender comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, assim asseverou (fls. 248/252 – grifo nosso):

[...] A materialidade e a autoria dos delitos restaram suficientemente comprovadas com os autos de exibição, apreensão e entrega e com os laudos periciais juntados aos autos, bem assim com os relatos colhidos durante a instrução criminal.

O réu permaneceu calado na fase policial (fl. 100) e, em Juízo, como era



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de se esperar, negou a autoria dos delitos.

A propósito, Cleber Caiana da Silva relatou que veio à cidade de Sorocaba para visitar sua ex-mulher e que trouxe consigo três dispositivos que adquiriu na cidade de São Paulo pelo valor de R\$ 10,00 (dez reais) a unidade, os quais pretendia instalar em caixas eletrônicas, intenção que restou frustrada pela abordagem dos GCMs logo que chegou à agência bancária do Itaú e desembarcou do veículo. O envelope de depósito, assim como um dos cartões bancários encontrados consigo, pertencem a sua ex-mulher, que é correntista do Banco Santander. Novamente questionado, alegou que adentrou na agência bancária do Itaú e encontrou um cartão bancário em um dos caixas, que foi apreendido em seu poder, além de dois dispositivos já instalados nos caixas, motivo pelo qual não instalou os seus equipamentos. Logo em seguida foi abordado e preso. Foi acusado anteriormente de ter procedido da mesma forma em outra agência bancária, não se recordando de qual instituição financeira. Em nenhum momento esteve na agência do Banco Santander. Não se recorda de haver mensagens em seu aparelho celular à época. Não têm parentes ou conhecidos no Estado do Rio de Janeiro. Questionado acerca das filmagens de segurança do Banco Itaú e da semelhança havida entre ele e o indivíduo que instalou os dispositivos denominados "chupa-cabra" nos caixas eletrônicos, preferiu manter-se em silêncio. Foi agredido pelos guardas municipais para inserir a senha de acesso no celular (fl. 201).

É bem de ver, contudo, que a singela negativa apresentada em Juízo não convence, mormente em se considerando que divorciada do contexto probatório, ao mesmo tempo em que se afigura assaz sintomático o silêncio de que se valeu o réu perante a autoridade policial, haja vista que a atitude normal do autêntico inocente está em protestar veementemente contra sua prisão injusta e apresentar desde logo a sua versão acerca dos fatos, e não se limitar a dizer que só prestará esclarecimentos em Juízo, como fez.

Oportuno registrar, nesse passo, que: "Embora a opção pelo silêncio derive de previsão constitucional, ela não inviabiliza o convencimento judicial no sentido desfavorável ao réu, pois a reação normal do inocente é proclamar, com insistência e ênfase, a sua inocência, não reservar-se para prestar esclarecimentos apenas em Juízo" (TACRIM - Apelação nº 961.255/5, São Paulo, v.u., D.O.E. 22.09.95, Caderno 1, Parte II, p. 22).

As provas produzidas o incriminam.

Os guardas civis metropolitanos relataram de maneira coerente e segura como efetuaram a abordagem e prisão em flagrante do réu, que estava na posse dos dispositivos denominados "chupa-cabra", além de cartões bancários e envelope de depósito, conforme descrito na denúncia, o que foi corroborado pelos depoimentos das testemunhas José Roberto de Campos e Renan de Siqueira Rodrigues e também pela prova documental carreada aos autos.

A propósito, a vítima José Roberto de Campos relatou que é cliente do Banco Santander e que, na data dos fatos tentou fazer, sem sucesso, um depósito de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) na agência situada na Av. Itavuvu. O caixa eletrônico não registrava a operação porque seu envelope ficou enrascado no dispositivo colocado pelo réu, o qual não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conseguiu recuperar. Acionou a central de atendimento do Banco, mas não foi atendido. Com a chegada dos guardas municipais, o dispositivo foi retirado do caixa eletrônico por eles e seu envelope de depósito restituído. **Acompanhou os GCMS ao plantão policial para registrar a ocorrência, onde avistou o réu, logo depois que ele foi preso em flagrante delito em uma agência do Banco Itaú, no bairro do Éden, com os mesmos dispositivos que foram encontrados naquela agência do Banco Santander (fl. 196).**

A testemunha Renan de Siqueira Rodrigues, consultor de segurança do Banco Itaú, relatou que a equipe de monitoramento da agência detectou um indivíduo instalando dispositivos de fraude nos caixas eletrônicos e acionaram a polícia. Em seguida foi comunicado da prisão do suspeito enquanto saía de outra agência bancária, comparecendo à delegacia de polícia. O dispositivo instalado pelo réu se destina a reter envelopes de depósito por meio de duas chapas metálicas e um barbante. Essa prática é bastante comum, sendo que muitos clientes não observam que o depósito não é concluído e posteriormente registram reclamações na agência bancária, que os restitui. Em contato com empregados do Banco Santander, soube que o réu fora identificado como autor da instalação dos mesmos dispositivos em uma agência daquela instituição bancária, naquele mesmo dia. **As filmagens das câmeras de segurança demonstram claramente o agente instalando o dispositivo denominado "chupa-cabra" no caixa eletrônico. Ninguém mais se aproximou dos caixas para instalação de dispositivos como esses. Em Juízo reconheceu o réu como sendo bastante semelhante ao autor dos fatos, relativamente à fisionomia, altura, compleição física e vestimenta (fl. 197).**

O guarda municipal André Luiz da Cruz relatou que foi comunicado de que a equipe de monitoramento de uma agência do Banco Itaú havia detectado um indivíduo instalando dispositivos de fraude nos caixas eletrônicos. De posse das características do suspeito sua equipe diligenciou no local, onde abordaram o réu próximo à agência, adentrando em um VW/Bora. Em revista pessoal foram encontrados com ele dois dispositivos denominados "chupa-cabra" em seus bolsos e um terceiro dispositivo semelhante escondido na buzina do automóvel. Também foram encontrados em poder do réu um envelope de depósito do Banco Santander e alguns cartões bancários em nome de terceiros, os quais o réu não soube esclarecer. Interrogado no local, o réu confessou informalmente que havia instalado dispositivos semelhantes naquela agência do Banco Itaú e em outra agência do Banco Santander, na Av. Itavuvu, naquele mesmo dia, bem como que retornava depois de uma hora para recolher os envelopes de depósitos existentes. Ainda, o réu lhes disse informalmente que havia acabado de retirar os dispositivos dos caixas, que reside na cidade de São Paulo, que veio à Sorocaba para a instalação dos dispositivos e que faz dessa prática criminosa seu meio de vida, exibindo em no celular mensagens trocadas com familiares acerca do sucesso nos crimes. Soube posteriormente que um cliente do Banco Santander percebeu a instalação do dispositivo e acionou a guarda municipal. Não conhecia o réu. Não houve resistência à abordagem ou à prisão e a confissão informal se deu de forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espontânea. Não houve nenhum questionamento de populares acerca da abordagem policial. Outra equipe atendeu à ocorrência no Banco Santander (fl. 198).

No mesmo sentido o depoimento do guarda municipal Leandro Antônio de Oliveira Lima, acrescentando que o réu confessou informalmente ter instalado os dispositivos nas duas agências, tanto que enviou mensagem a seu irmão, no Rio de Janeiro, noticiando que havia passado em frente à agência do Banco Santander e constatado que os "GC bostas" haviam apreendido seus equipamentos. O réu confessou informalmente que essa não era a primeira vez que vinha à Sorocaba apenas para a prática dessa modalidade de crime. Os dispositivos encontrados na agência do Banco Santander eram idênticos aos que foram apreendidos com Cleber. O réu havia instalado os "chupa-cabras" na agência e retornado posteriormente, naquele mesmo dia, para retirá-los, juntamente com envelopes de depósitos eventualmente retidos, oportunidade em que foi abordado e preso. Não conhecia o réu (fl. 200).

Ângelo Elizeu Âmbar, **guarda municipal**, relatou que foi acionado por um munícipe e, ao comparecer à agência do Banco Santander na Av. Itavuvu encontrou dispositivos denominados "chupa-cabra" instalados nos caixas eletrônicos, sendo que em um deles havia ficado retido um envelope de depósito com R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) em dinheiro. **Na delegacia de polícia constatou que os dispositivos encontrados na agência do Banco Santander eram idênticos aos que foram apreendidos com Cleber, naquele mesmo dia, pela equipe que atendeu à ocorrência no Banco Itaú (fl. 199).**

Como se vê, a versão apresentada pelo acusado restou desmentida pelos depoimentos das testemunhas e dos guardas municipais que efetuaram sua prisão em flagrante, os quais encontram respaldo nos demais elementos que formam o conjunto probatório.

Com efeito, os relatos dos guardas municipais mostraram-se firmes e coesos, inclusive no que toca às circunstâncias da localização dos dispositivos e da comparação entre eles, constatando-se serem idênticos.

[...]

Ademais, não há sequer sugestão de que tivessem a mínima pretensão de incriminar o réu injustamente, mormente diante do notório risco de eventual responsabilidade pelo crime de abuso de autoridade ou de denúncia caluniosa.

Ainda, o perito subscritor dos laudos de fls. 202/205 e 326/507, relativo ao exame do aparelho celular do réu, constatou a existência de mensagens de texto e de voz enviadas e recebidas pelo aplicativo *WhatsApp*, concluindo que: "Foram constatadas 84 (oitenta e quatro) chamadas e 28 (vinte e oito) contatos *Whatsapp*; A perícia constatou o registro de 217 (duzentos e dezessete) contatos; Arquivos envolvendo imagem e áudio (obtidos do *Whatsapp*), evidenciam que existia a prática de produção de placas que se prestavam a obstrução de caixas eletrônicos, capturando envelopes/interceptando cédulas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em caixas eletrônicos, a tabela 02 ilustra as imagens e conversas relacionadas com fraudes bancárias. Em duas imagens foram capturados momentos de produção das placas envolvendo fraudes bancárias. As conversas foram selecionadas visando ilustrar a mesma prática" (fls. 328/332).

Por fim, o perito subscritor do laudo pericial de exame na mídia de gravação das câmeras de segurança do Banco Itaú (fls. 266/280), constatou a dinâmica da conduta delitiva praticada pelo réu, indicando o momento da instalação dos dispositivos denominados "chupa-cabras", ocorrida entre 08h15min31seg e 08h23min15seg do dia 19/03/2016, inclusive testando a eficácia da instalação (fls. 269/275), bem como o momento em que o réu retorna ao local e os retira, buscando alcançar o produto do furto mediante fraude, o que ocorreu entre 10h42min59seg e 10h44min59seg do mesmo dia (fls. 276/280).

Assim, a versão apresentada pelo acusado está completamente isolada dentro do quadro probatório.

Os elementos de prova demonstram, com segurança, que o acusado estava na posse dos dispositivos de fraude bancária, todos idênticos, e os instalou nas agências bancárias do Banco Santander da Av. Itavuvu e do Banco Itaú da Av. Independência, ambas no município de Sorocaba, em continuidade delitiva, não consumando os furtos por circunstâncias alheias à sua vontade, embora eficientes os dispositivos por ele empregados.

[...]

O Tribunal de origem, por seu turno, entendeu não configurada a mencionada nulidade, nestes termos (fls. 280/281):

[...]

Por fim, também não merece acolhida a alegada violação da garantia constitucional do direito ao silêncio do paciente, quando da prolação da sentença condenatória.

Certo que o ordenamento jurídico acolhe o princípio de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). E mais: o acusado, mercê de mandamento constitucional, possui o direito de permanecer em silêncio (artigo 5º, LXIII, da CF). Silêncio este que, em absoluto, pode ser interpretado em prejuízo da defesa (artigo 186, do Código de Processo Penal).

Mas a circunstância da r. sentença ter feito referência ao silêncio do apelante ao ser interrogado na fase policial, como fator de convencimento não chega a invalidá-la, na medida em que existem outros elementos de prova suficientes para assentar a condenação, como, de resto, consignou a r. decisão judicial hostilizada.

Deveras, não se deve proclamar a invalidade da sentença se não restar evidenciado que o silêncio do réu foi determinante para sua condenação (STJ, HC nº 157.721, rel. Min. Jorge Mussi; HC nº 125.506, rel. Min. Laurita Vaz).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalte-se que, conforme tem enfatizado o Supremo Tribunal Federal, nos quadros do processo penal, não se declara a invalidade sem comprovação de prejuízo, ainda que se cuide de nulidade absoluta (STF, HC nº 81.510, rel. Min. Sepúlveda Pertence, HC nº 85.155-0, rel. Min. Ellen Gracie). Bem por isso é que o Excelso Pretório pontuou que "a falta de informação ao preso sobre seus direitos constitucionais gera nulidade dos atos praticados, se demonstrado prejuízo" (RHC nº 79.973-6, rel. Min. Nelson Jobim).

Registre-se, uma vez mais, que o Código de Processo Penal, ao tratar do tema "nulidade", em seu artigo 563, determina que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Então, não basta a simples arguição de prejuízo, sendo indispensável sua comprovação, o que nem de longe foi feito na hipótese dos autos.

[...]

Ora, como se vê, a condenação do ora recorrente não foi baseada especificamente no silêncio do réu e sim no farto conjunto probatório da lide, consistente na prisão em flagrante, no relato das testemunhas, na filmagem de câmeras de segurança e nos laudos periciais, não havendo que se falar em ocorrência de nulidade.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. FORMA TENTADA. SILÊNCIO NA FASE POLICIAL. ART. 186 DO CPP. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA COLHIDOS NA FASE JUDICIAL. ART. 155 DO CPP. OBEDIÊNCIA. RECONHECIMENTO PESSOAL. ART. 226 DO CPP. VALIDADE. REEXAME DE PROVAS. NECESSIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a mera referência ao silêncio do réu, na fundamentação da sentença, não acarreta a nulidade do ato se o decreto condenatório está embasado em outras provas e elementos informativos.

2. A condenação do agravante não foi motivada apenas pelo seu silêncio perante a autoridade policial, mas, sim, pelos demais elementos colhidos durante as fases inquisitiva e judicial, o que afasta a alegada nulidade da sentença.

[...]

9. Agravo regimental não provido.

(AgInt no AREsp n. 180.523/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 7/11/2016 – grifo nosso).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 155 E 156 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. SILÊNCIO DO ACUSADO. SITUAÇÃO QUE NÃO FOI INTERPRETADA EM PREJUÍZO DO ACUSADO. EXISTÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

4. No presente caso, constata-se que o silêncio do recorrente na fase inquisitorial foi apenas mencionado, estando sua condenação alicerçada nos elementos de prova colhidos em juízo, e não calcada na mencionada circunstância.

[...]

8. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 619.594/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 7/3/2016 – grifo nosso).

Por fim, para que fosse possível a análise da suposta agressão do réu pelos agentes da Guarda Civil Metropolitana, quando de sua prisão em flagrante; da alegação de que os depoimentos dos policiais seriam *totalmente falaciosos e descabidos* (fl. 291); bem como da tese de que a condenação seria contrária à prova dos autos, seria imprescindível o reexame dos elementos fáticos da lide, o que é vedado na via eleita.

Com efeito, o recurso em *habeas corpus* destina-se a fazer cessar constrangimento à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, possuindo rito célere e cognição sumária, exigindo, pois, prova pré-constituída do direito alegado. Dessa forma, é inviável o exame de questões que demandam dilação probatória.

A propósito:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO CAUTELAR. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. FUNDAMENTAÇÃO DA CUSTÓDIA. GRAVIDADE CONCRETA. ORDEM PÚBLICA. *PERICULUM LIBERTATIS*. RECURSO DESPROVIDO.

1. A análise da tese concernente à ausência de provas para caracterizar a autoria delitiva dependeria do revolvimento do arcabouço probatório, providência imprópria na via do *habeas corpus*, remédio de rito célere e de cognição sumária.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.
(RHC n. 92.759/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 9/4/2018 – grifo nosso).

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso em *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0055911-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 82.039 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00055428020168260602 20160000903777 22242208820168260000 55428020168260602

EM MESA

JULGADO: 09/10/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CLEBER CAIANA DA SILVA
ADVOGADO : DANIEL XAVIER DE SOUZA E OUTRO(S) - SP361585
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.