SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 805331 - SP (2023/0061543-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	LUCAS MIKE TORQUATO ORSIM (PRESO)
ADVOGADO	:	THAMIRIS FELICIO CAPELINI - SP434923
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

,PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA DECLARADA NULA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO DE JULGAMENTO. IMPEDIMENTO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU E DESEMBARGADORES QUE ATUARAM ORIGINARIAMENTE NO FEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE CONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O pleito defensivo relativo à declaração de impedimento dos julgadores não foi analisado pelas instâncias ordinárias, o que obsta a análise diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância, sendo certo que o incidente de impedimento ou suspeição deve ser requerido junto ao Juízo que conduzirá o processo, mediante demonstração do justo impedimento, a teor do disposto no Código de Processo Penal. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 13/08/2024 a 19/08/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 19 de agosto de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator

Documento eletrônico VDA42943287 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS Assinado em: 21/08/2024 18:25:38
Código de Controle do Documento: de149fb2-c313-458e-a691-cdbae75f480f

AgRg nos EDcl no HABEAS CORPUS Nº 805331 - SP (2023/0061543-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE	:	LUCAS MIKE TORQUATO ORSIM (PRESO)
ADVOGADO	:	THAMIRIS FELICIO CAPELINI - SP434923
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

,PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA DECLARADA NULA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO DE JULGAMENTO. IMPEDIMENTO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU E DESEMBARGADORES QUE ATUARAM ORIGINARIAMENTE NO FEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE CONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O pleito defensivo relativo à declaração de impedimento dos julgadores não foi analisado pelas instâncias ordinárias, o que obsta a análise diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância, sendo certo que o incidente de impedimento ou suspeição deve ser requerido junto ao Juízo que conduzirá o processo, mediante demonstração do justo impedimento, a teor do disposto no Código de Processo Penal. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **LUCAS MIKE TORQUATO ORSIM** , de decisão na qual acolhi os embargos de declaração, sem efeitos infringentes, tão somente para esclarecer que o tema relativo ao pleito de declaração de impedimento do Juízo de primeiro grau e dos desembargadores do TJSP na realização da nova assentada" (e-STJ, fls. 353-354).

Alega o agravante que não há que se falar em supressão de instância, visto que a nulidade foi reconhecida por este Tribunal Superior e não pelas instâncias ordinárias.

Destaca ser imprescindível a declaração de impedimento da magistrada que presidiu a audiência de instrução e julgamento, bem como dos desembargadores que julgaram o recurso de apelação, uma vez que tiveram acesso à prova ilícita.

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* ou a submissão do feito ao colegiado, a fim de afastar declarar o impedimento dos julgadores, a fim de novos sejam designados para julgar a ação.

É o relatório.

VOTO

Documento eletrônico VDA42187862 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS Assinado em: 27/06/2024 21:17:38
Código de Controle do Documento: 479504de-5bf7-4967-8b4f-344ec974ca5b

O agravo não merece prosperar.

A decisão recorrida, transcrita a seguir, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, porque ela está em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Inicialmente, a ordem foi concedida, de ofício, "a fim de anular a audiência de instrução e julgamento, determinando a realização de nova assentada, com a observância do art. 185, § 5º, do Código de Processo Penal, devendo o Juízo de primeiro grau verificar, de imediato, a necessidade de manutenção da custódia cautelar do acusado, nos termos dos arts. 312, 315 e 316 do diploma adjetivo penal", *in verbis:*

> "Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
>
> Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.
>
> A Corte de origem refutou a nulidade arguida pela defesa, em decisão assim motivada:
>
> > "2. Afasta-se, desde logo, a preliminar arguida.
> >
> > Sustenta a Defesa o reconhecimento da nulidade absoluta dos atos instrutórios ocorridos na audiência, já que foi constatado que a entrevista privativa entre a advogada e o réu foi gravada na mídia da audiência.
> >
> > Sem razão.
> >
> > Como bem ressaltou a MMa. Juíza sentenciante, “conforme certificado pela serventia e se depreende da própria gravação da audiência de instrução, esta magistrada não teve qualquer acesso à gravação, equivocadamente feita, da entrevista mantida entre a advogada e o réu antes do início da audiência.
> >
> > Com efeito, a sentença foi proferida, na própria audiência, após a oitiva das testemunhas, interrogatório do réu e alegações finais do MP e da Defesa, sem qualquer contato da magistrada com o teor da conversa privativa, fato que somente veio a tona com a alegação de nulidade.
> >
> > Além disso, conforme asseverou o representante do Ministério Público, a defesa não relatou o prejuízo sofrido pelo réu em decorrência da gravação da entrevista prévia, o que é indispensável para o reconhecimento de eventual nulidade.” 4 De fato, logo após o encerramento da instrução, as partes apresentaram oralmente as alegações e, em seguida, a digna Magistrada proferiu a r. sentença. Nenhuma das partes, nem tampouco a MM. Juíza de Direito, tiveram acesso ao conteúdo da gravação da audiência e, muito menos, ao teor da entrevista privativa entre a advogada e o réu, equivocadamente registrada.
> >
> > Assim, embora a entrevista reservada entre a defensora e o réu tenha sido gravada não houve violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.
> >
> > De qualquer forma, não comprovou a douta Defesa a ocorrência de efetivo prejuízo ao acusado, o qual confessou espontaneamente a prática do crime.
> >
> > Ausente prejuízo, inviável a declaração da nulidade, ex vi do artigo 563 do Código de Processo Penal.
> >
> > Não se vislumbram, portanto, razões suficientes para reconhecer a alegada nulidade.

Documento eletrônico VDA42187862 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS Assinado em: 27/06/2024 21:17:38
Código de Controle do Documento: 479504de-5bf7-4967-8b4f-344ec974ca5b

Rejeita-se, pois, a preliminar suscitada" (e-STJ, fls. 261-264)

Nos termos da atual jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sistema de nulidades processuais, seja o vício de natureza absoluta ou relativa, a declaração de invalidade do ato depende da **efetiva demonstração de prejuízo ao réu**, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP.
Quanto ao tema, consigna-se que "O advento da Lei nº 10.792/2003 tornou indispensável, no interrogatório judicial, a presença do defensor, constituído ou nomeado, sendo, inclusive, assegurado ao acusado o direito de prévia entrevista reservada. A inobservância das formalidades legais previstas nos art. 185 a 188 do CPP constitui nulidade absoluta uma vez que fere os princípios da ampla defesa e devido processo legal" (AgRg no REsp n. 1.458.725/PA, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 4/10/2016, DJe de 26/10/2016.)
Na hipótese, é evidente o prejuízo ao réu, na medida em que a juntada da gravação audiovisual da entrevista reservada do acusado com seu defensor viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, por flagrante inobservância do disposto nos arts. 5º, LV, da Constituição da República, 185, § 5º do Código de Processo Penal e 7º, III, do Estatuto da OAB.
Nesse sentido:

> "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE DEFENSOR NO INTERROGATÓRIO. ATO REALIZADO EM 20/1/2004. NULIDADE ABSOLUTA. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA PROGRESSÃO DE REGIME. PEDIDOS PREJUDICADOS.
> 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que a Lei nº 10.792/03, ao mudar a sistemática do interrogatório, transformou-o em meio de defesa, garantindo ao réu a efetiva defesa técnica, inclusive o direito a entrevista reservada com seu defensor constituído ou nomeado.
> 2. Dessarte, o descumprimento do disposto no art. 185 do Código Penal, com a redação dada pelo referido diploma legal, acarreta a nulidade absoluta do processo, por afronta ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.
> 3. Constato ainda que, com a anulação do processo desde o interrogatório, e consequentemente, com a prolação de outra sentença - que não pode reformar para pior a situação do réu - já haverá decorrido o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, uma vez que a denúncia foi recebida em 10/12/2003. Assim sendo, impõe-se, desde logo, declarar extinta a punibilidade em relação ao crime posse ilegal de arma de fogo, pela prescrição da pretensão punitiva, com base no art. 109, V, e 110, § 1º e § 2º, ambos do Código Penal.
> 4. Anulado o feito, entendo que deve ser expedido alvará de soltura em favor do paciente, diante do evidente excesso de prazo decorrente da anulação de todos os atos da instrução criminal que, agora, deverá ser renovada.
> 5. Ante o exposto, concedo o habeas corpus para anular a ação penal de que aqui se trata, a partir do interrogatório, conferindo ao paciente o direito à liberdade provisória, mediante assinatura de termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, ficando prejudicadas as demais alegações. (HC n. 50.401/MS, relator **Ministro Og Fernandes, Sexta Turma**, julgado em 12/5/2009, DJe de 1/6/2009.);

Documento eletrônico VDA42187862 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS Assinado em: 27/06/2024 21:17:38
Código de Controle do Documento: 479504de-5bf7-4967-8b4f-344ec974ca5b

"[...]
Com efeito, juntado aos autos a mídia que trata de gravação audiovisual da comunicação privada ocorrida entre os réus (...) e a Defensora Pública que os representou na solenidade, desrespeitados os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, bem como violados os artigos 185, § 5º, do CPP, 7º, III, do Estatuto da OAB e 5º, LV, da CF/88, que garantem o direito de entrevista privada do réu com seu advogado.
[...]
Ademais, é evidente o prejuízo ao recorrido, pois violado o princípio da ampla defesa e do contraditório , tendo sido juntado aos autos a gravação em audiovisual da conversa privada que o recorrido teve com sua defesa, em violação do art. 185, § 5º, do CPP.
[...]
(REsp n. 1.861.051, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 19/10/2020, DJe de 20/10/2020.)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, a fim de anular a audiência de instrução e julgamento, determinando a realização de nova assentada, com a observância do art. 185, § 5º, do Código de Processo Penal, devendo o Juízo de primeiro grau verificar, de imediato, a necessidade de manutenção da custódia cautelar do acusado, nos termos dos arts. 312, 315 e 316 do diploma adjetivo penal .
Publique-se. Intimem-se.

Da decisão, a defesa opôs embargos de declaração, os quais foram acolhidos nos seguintes termos:

"Os aclaratórios merecem ser acolhidos.
Dispõe o Código de Processo Penal:

"Art. 619. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão."

Da análise do *decisum* embargado, verifica-se que de fato, embora tenha sido reconhecida a nulidade apontada pela defesa, determinado a realização de nova assentada, com observância do art. 185, § 5º, do Código de Processo Penal, não foi analisado o pleito defensivo quanto à declaração de impedimento dos julgadores.
Ocorre que tal questão não foi analisada pelas Cortes ordinárias, o que impede a análise diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância, sendo certo que o incidente de impedimento/suspeição deve ser requerido junto ao Juízo que conduzirá o processo, mediante demonstração do justo impedimento, a teor do disposto no Código de Processo Penal. Nesse sentido: (AgRg no HC n. 814.437/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 22/8/2023; AgRg no RHC n. 72.819/RJ, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 4/12/2018, DJe de 17/12/2018.)
Ante o exposto, **acolho** os embargos de declaração, sem efeitos infringentes, tão somente para esclarecer que o tema relativo ao pleito de declaração de impedimento do Juízo de primeiro grau e dos desembargadores do Tribunal de origem não foi examinado pelas instâncias ordinárias, podendo configurar seu exame indevida

Documento eletrônico VDA42187862 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS Assinado em: 27/06/2024 21:17:38
Código de Controle do Documento: 479504de-5bf7-4967-8b4f-344ec974ca5b

supressão de instância.

Publique-se. Intimem-se" (e-STJ, fls. 353-354)

Portanto, como enfatizado, não cabe a este Tribunal Superior, neste momento, analisar a tese suscitada pela defesa, sobretudo quando considerado que o incidente de impedimento ou suspeição deve ser requerido ao Juízo de conhecimento, o qual verificar que a nulidade reconhecida nestes autos o enquadra em algumas das hipóteses descritas no Código de Processo Penal, inabilitando-o para conduzir o feito.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

Documento eletrônico VDA42187862 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS Assinado em: 27/06/2024 21:17:38
Código de Controle do Documento: 479504de-5bf7-4967-8b4f-344ec974ca5b

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

AgRg nos EDcl no HC 805.331 / SP

Número Registro: 2023/0061543-4

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número de Origem:
15003762820228260296 20850863202282600000 21060512022

Sessão Virtual de 13/08/2024 a 19/08/2024

Relator do AgRg nos EDcl

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: THAMIRIS FELICIO CAPELINI
ADVOGADO	: THAMIRIS FELICIO CAPELINI - SP434923
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUCAS MIKE TORQUATO ORSIM (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: LUCAS MIKE TORQUATO ORSIM (PRESO)
ADVOGADO	: THAMIRIS FELICIO CAPELINI - SP434923
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

Documento eletrônico VDA42929092 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 20/08/2024 00:54:13
Código de Controle do Documento: 183550c7-3d02-415b-9d81-37fbb7e048a6

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 13/08/2024 a 19/08/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 19 de agosto de 2024

Documento eletrônico VDA42929092 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 20/08/2024 00:54:13
Código de Controle do Documento: 183550c7-3d02-415b-9d81-37fbb7e048a6