

HABEAS CORPUS 117.517 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : NEWTON JOSÉ DE OLIVEIRA NEVES
IMPTE.(S) : NEWTON JOSÉ DE OLIVEIRA NEVES
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Newton José de Oliveira Neves, em causa própria, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos autos do HC 229.541/RJ.

Inicialmente, este processo foi a mim distribuído por prevenção ao HC n. 89.965/RJ.

Na espécie, o paciente foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 288, 299 e 337-A, todos do CP; arts. 1º, inciso I, e 2º, inciso I, ambos da Lei n. 8.137/90; no art. 22 da Lei n. 7.492/86; no art. 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei n. 7.492/86; e no art. 1º, § 2º, inciso II, da Lei n. 9.613/98.

A defesa formulou pedido de anulação da prova testemunhal perante o Juízo Criminal, ao argumento de que as oitivas das testemunhas de acusação e o depoimento do corréu Paulo Businaro não foram precedidos de intimação pessoal prévia, o qual foi indeferido.

Impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a ordem foi denegada, nos termos da ementa transcrita:

“HABEAS CORPUS – OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU – PRESENÇA DO PATRONO OU DEFENSOR CONSTITUÍDO PELO JUÍZO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – INTERROGATÓRIO DE CORRÉU – ART. 191 DO CPP.

I – A ausência do réu na audiência de oitiva das testemunhas de acusação constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento depende de sua arguição no momento próprio e da comprovação de efetivo prejuízo;

II – Hipótese em que, nem a defesa constituída pelo réu, presente a todos os depoimentos e nem mesmo este, ao assumir

HC 117517 / RJ

a defesa própria, questionaram qualquer nulidade perante o Juízo de 1º grau, não apontando qualquer prejuízo efetivo para a defesa;

III – A ausência do paciente no depoimento de corréu não importa em qualquer vício, já que os acusados devem ser interrogados separadamente, de acordo com a disposição contida no art. 191 do CPP;

IV – Ordem denegada”.

Daí a impetração de novo *habeas*, com pedido de liminar, perante o STJ, que não conheceu da ordem, nos termos da seguinte ementa:

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA CORTE, EM CONSONÂNCIA COM O PRETÓRIO EXCELSO. ARTS. 288, 299 E 337-A, TODOS DO CÓDIGO PENAL; ARTS. 1º, INCISO I, E 2º, INCISO I, AMBOS DA LEI N.º 8.137/90; ART. 22 DA LEI N.º 7.492/86; ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, SEGUNDA PARTE, DA LEI N.º 7.492/86; E ART. 1º, § 2º, INCISO II, DA LEI N.º 9.613/98. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO REALIZADA EM JUÍZO DEPRECADO SEM A PRESENÇA DO DENUNCIADO. PRESENÇA, PORÉM, DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA DO RÉU NÃO QUESTIONADA PELO CAUSÍDICO QUANDO DA REALIZAÇÃO DO ATO. PRECLUSÃO DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. AUSÊNCIA DA FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. Como já é de amplo conhecimento, 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 da Suprema Corte e deste Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Entretanto, a impetração de *writ* substitutivo de recurso ordinário em *habeas corpus* não impede a concessão de ordem de ofício no caso de flagrante ilegalidade, o que não é a hipótese, porém.

3. Conforme orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, a presença do réu preso em audiência de inquirição de testemunhas – embora recomendável – não é indispensável para a validade do ato, consubstanciando-se em nulidade relativa.

4. A presença do Defensor constituído aos depoimentos colhidos pelo Juízo deprecado corrobora a presunção de que a audiência realizada não é eivada de vício que enseja a anulação do ato.

5. A ausência do réu à audiência não foi questionada pela Defesa quando da realização do ato, restando o referido fundamento, portanto, fulminado pelo instituto da preclusão.

6. Alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal. É imprescindível a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief*.

7. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão do *writ* de ofício.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida”.

Nesta Corte Suprema, a defesa reitera os argumentos suscitados nas instâncias antecedentes.

Liminarmente, pede o sobrestamento da Ação Penal n. 2005.51.01.517854-3, em trâmite na 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, até o julgamento final deste *writ*.

E, no mérito, o reconhecimento da nulidade das oitivas das

HC 117517 / RJ

testemunhas de acusação e do corréu ou, alternativamente, a reinquirição destes, com a devida intimação pessoal do paciente.

Informações prestadas nos autos do HC n. 116.865/RJ, de minha relatoria, com idêntico fundamento.

O pedido liminar foi indeferido (eDOC 11).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela extinção do feito (eDOC 17).

Decido.

Conforme relatado, a defesa requer a declaração de nulidade da oitiva das testemunhas de acusação e do depoimento do corréu Paulo Sérgio Businaro, ao argumento de que a produção das referidas provas não foi precedida de intimação pessoal prévia do acusado.

O paciente aduz que estava custodiado e não foi apresentado em juízo para a oitiva das testemunhas de acusação e para depoimento do corréu, ocorridas no juízo deprecado em 3.11.2005 e 17.2.2006.

Como já demonstrado por ocasião do indeferimento do pedido liminar, cumpre observar que a jurisprudência desta Corte Suprema firmou o entendimento no sentido de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo. Consoante frisou o Ministro Cezar Peluso, ao denegar a ordem no HC 82.899/SP: *“Não há, no processo penal, nulidade ainda que absoluta, quando do vício alegado não haja decorrido prejuízo algum ao réu.”*

É que o sistema das nulidades é norteador pelo princípio do prejuízo, ou seja, as formas processuais descumpridas devem ser invalidadas apenas quando verificado o prejuízo.

Ademais, dispõe o artigo 563 do CPP: *“nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”*. Portanto, vê-se que a literalidade do dispositivo deixa clara a exigência do prejuízo para as partes para o reconhecimento da nulidade processual.

Na espécie, o TRF da 2ª Região denegou a ordem no *habeas corpus* impetrado pela defesa nos seguintes termos:

“Conforme relatado o impetrante insurgiu-se, primeiramente, contra a falta de intimação pessoal do réu para

a audiência de oitiva das testemunhas de acusação.

A este respeito, observa-se que as testemunhas em questão residiam fora da comarca do juízo e, portanto, foram ouvidas por carta precatória, de cuja expedição foi a defesa regularmente intimada, ficando, inclusive responsável por sua distribuição, comparecendo a todos os atos, ocasião em que nenhuma nulidade foi arguida neste sentido.

Ora, a ausência do réu na audiência de oitiva das testemunhas de acusação constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento depende de sua arguição no momento próprio e da comprovação de efetivo prejuízo, o que não ocorreu no presente caso, uma vez que nem a defesa constituída pelo réu, presente a todos os depoimentos, nem mesmo este, ao assumir a defesa própria, questionaram qualquer nulidade perante o Juízo de 1º grau, não apontando qualquer prejuízo efetivo para a defesa.

(...)

Por fim, também não merece acolhida o pedido de desentranhamento do depoimento do réu Paulo Businaro, por não ser o mesmo réu na ação originária do presente *writ*.

O interrogatório deste denunciado foi realizado na mesma audiência em que foi determinado o desmembramento do feito, realizado posteriormente ao interrogatório, apenas em razão de se encontrar o ora paciente preso cautelarmente. Envolvendo os fatos delituosos a atuação de ambos, não há que se falar na impertinência da presença do depoimento de Paulo na ação desmembrada.

Outrossim, a ausência do paciente no depoimento do corréu não importa em qualquer vício, já que os acusados devem ser interrogados separadamente, de acordo com a disposição contida no art. 191 do CPP.

Assim acontecendo, diante da ausência de prejuízo que importe em ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, deve o feito prosseguir regularmente". (eDOC 3)

Acrescente-se que, conforme informações prestadas pelo Juízo

HC 117517 / RJ

criminal (eDOC 11, do HC 116.865/RJ, de minha relatoria), *“os advogados constituídos pelo paciente tomaram ciência da data designada para as oitivas e compareceram à sede do Juízo deprecado, em 3 de novembro de 2005, participando da respectiva audiência. Na ocasião, não se opuseram à oitiva das testemunhas, em que pese a ausência do acusado.”*

Além disso, o magistrado, quanto à audiência realizada no dia 17.2.2006, assentou que, embora não conste naqueles autos a notícia da publicação da expedição da carta precatória, em 9.2.2006 compareceu o advogado do paciente/impetrante à Secretaria da 5ª Vara Criminal e obteve cópia dos autos. Assim, *“a ausência da defesa ao ato processual decorreu de sua própria deliberação.”*

Destaco que a jurisprudência desta Corte é no sentido da prescindibilidade de intimação do advogado do réu da data de inquirição da testemunha em outra comarca, sendo necessária somente a intimação da expedição da carta precatória, cabendo às partes acompanhar o cumprimento dessa no juízo deprecado, inclusive os seus incidentes. Precedentes: HC n. 95.106/RJ, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 11.2.2011; HC n. 93.598/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 21.5.2010; HC n. 96.026/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 6.2.2009 e RHC n. 93.817, Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe 28.8.2009.

Nos juízos deprecados, não bastasse, a defesa técnica teve ciência prévia de todas as datas da inquirição das testemunhas e em nenhum momento dirigiu requisição para comparecimento do réu preso às oitivas, o que sinaliza falta de interesse do réu no acompanhamento das audiências.

Ademais, não há se falar em obrigatoriedade de intimação pessoal do réu para a oitiva de testemunhas, bastando a intimação do advogado constituído nos autos da data da audiência – a quem incumbe o dever de requisitar à autoridade judiciária o comparecimento do réu. Nesse sentido, restou pacificado o entendimento desta Corte, refletido na Questão de Ordem na Repercussão Geral no RE n. 602.543/RS (Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 26.2.2010), conforme ementa a seguir:

“AÇÃO PENAL. Prova. Oitiva de testemunha. Carta precatória. Réu preso. Requisição não solicitada. Ausência de nulidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Não é nula a audiência de oitiva de testemunha realizada por carta precatória sem a presença do réu, se este, devidamente intimado da expedição, não requer o comparecimento”.

Assim, observo que o STJ, ao negar o *habeas corpus*, não destoou da jurisprudência desta Corte, conforme se extrai do seguinte excerto:

“Com efeito, conforme orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a presença do réu na audiência de instrução – embora recomendável – não é indispensável para a validade do ato, sendo, pois, imprescindível, para a caracterização da alegada nulidade, a demonstração de efetivo prejuízo, o que não ocorreu na espécie.

Explicitate-se: a presença do acusado à inquirição de testemunhas não torna inválida o ato, consubstanciando-se em nulidade relativa.

O reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo à Defesa, o que, não restou demonstrado nos autos, pois a parte o Impetrante não demonstrou qualquer prejuízo no ponto – ônus que lhe competia. Isso porque o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades (*pas de nullité sans grief*).

(...)

Mais, verifica-se dos autos que o Defensor constituído encontrava-se presente aos depoimentos (fl. 200), o que corrobora a presunção de que a audiência realizada não é eivada de vício que enseja a anulação do ato.

(...)

Acrescento, por fim, que se consignou, ainda, no acórdão

HC 117517 / RJ

impugnado, que a ausência do réu à audiência não foi questionada pela Defesa quando da realização do ato, impondo-se, portanto, o reconhecimento da preclusão da referida alegação". (eDOC 2)

No mesmo sentido, cito trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República:

"Assim, não há ilegalidade a reparar. Isso porque primeiro o advogado constituído pelo paciente encontrava-se presente no ato de inquirições das testemunhas de acusação e do corréu, o que torna o ato válido, e segundo a ausência do réu à audiência não foi questionada pela defesa em momento oportuno, impondo-se, portanto, o reconhecimento da preclusão". (eDOC 17)

Ante o exposto, com base no art. 192, *caput*, do RI/STF, **denego a ordem.**

Publique-se.

Brasília, 11 de fevereiro de 2014.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente.