

25/10/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 108.014 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: EDSON LUIZ CORDEIRO DA CRUZ
IMPTE.(S)	: PAULO SERGIO DE OLIVEIRA
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

Habeas corpus. Processual penal. Ausência de intimação do advogado para a sessão de julgamento de writ impetrado no Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de realização de sustentação oral. Existência de pedido de intimação constante dos autos. Cerceamento de defesa. Direito à prévia comunicação para dar eficácia à garantia constitucional da ampla defesa. Nulidade configurada. Precedentes.

1. Havendo pedido nos autos, a falta de intimação para a sessão de julgamento suprime o direito da defesa de comparecer para realizar a sustentação oral, que constitui instrumento de efetivação da garantia constitucional da ampla defesa, para cujo exercício a Constituição da República assegura “os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV).

2. Nulidade do ato praticado nessa condição.

3. Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Sra. Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conceder, em parte, a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator. Vencido, em parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a concedia em maior extensão.

Brasília, 25 de outubro de 2011.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

HC 108.014 / SP

Relator

25/10/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 108.014 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: EDSON LUIZ CORDEIRO DA CRUZ
IMPTE.(S)	: PAULO SERGIO DE OLIVEIRA
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Paulo Sérgio de Oliveira em favor de Edson Luiz Cordeiro da Cruz, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 172.128/SP impetrado àquela Corte, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**.

Sustenta o impetrante, em síntese, a nulidade do julgamento proferido por aquela Corte de Justiça no **writ** ali impetrado, uma vez que, embora tenha requerido sua intimação para proferir sustentação oral, o feito foi levado a julgamento, segundo alega, sem que se tenha dado a ele a oportunidade fazer sua sustentação (fl. 6 da inicial).

Assevera, ainda, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista que a sua condenação consubstanciou-se “em [um] **único reconhecimento fotográfico**” (fl. 7 da inicial – grifos conforme o original).

Entende o impetrante que, “*muito embora seja sabido que o reconhecimento fotográfico realizado na fase policial vem sendo considerado meio idôneo de prova pelos tribunais, não menos certo é que para que seja admitido como forma idônea de prova, há de estar ele acompanhado de outros elementos aptos a caracterizar a autoria do delito, o que não foi o caso*” (fl. 7 da inicial).

Ressalta também que o próprio **Parquet** estadual requereu a absolvição do paciente em suas contrarrazões, ora apresentadas no recurso de apelação interposto pela defesa (fls. 10/11 da inicial).

Requer o deferimento da liminar para suspender os “*efeitos da condenação, determinando-se a expedição de contramandado de prisão*” e, no mérito, pede a concessão da ordem para “*determinar novo julgamento*”

HC 108.014 / SP

pelo Superior Tribunal de Justiça, possibilitando que o impetrante sustente oralmente seu pedido” e, ainda, que, “caso entenda cabível, constituindo-se em tese mais favorável ao paciente, seja julgado o mérito do habeas corpus por esta Corte Suprema, para o fim de absolver o paciente, haja vista que sua condenação foi calcada em ato nulo” (fls. 13/14 da inicial – grifos conforme o original).

Indeferi o pedido de liminar e solicitei à autoridade coatora, além das informações pertinentes, informação acerca da intimação do impetrante para a sessão de julgamento daquele writ, conforme requerido. As informações foram devidamente prestadas por intermédio do Ofício nº 044-11/GMLV-STJ (Petição/STF nº 30.086/11).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Edson Oliveira de Almeida**, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

25/10/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 108.014 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, volta-se esta impetração contra ato da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 172.128/SP impetrado àquela Corte, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**.

Narra o impetrante, na inicial, que:

“(…)

O Paciente foi processado no juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Praia Grande/SP pela prática do crime de roubo, ao final, restou condenado à pena de cinco anos e seis meses de reclusão, a ser cumprida no regime fechado. Apenas um elemento indiciário deu azo a esta condenação, qual seja, reconhecimento fotográfico na fase policial.

A 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Paciente, entendendo que a ' nossa jurisprudência admite a suficiência da palavra da vítima para o decreto condenatório' (sic).

A condenação transitou em julgado, **tendo sido expedido mandado de prisão contra o réu.**

Contra esta decisão, que teve como base exclusiva um único reconhecimento fotográfico na fase policial, fundamentado em precedentes (v.g. HC 27.893-SP e HC 22.907-SP), impetrou-se **habeas corpus** no Superior Tribunal de Justiça, o qual denegou a ordem” (fl. 2 da inicial – grifos conforme o original).

Transcrevo o teor do julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO.

HC 108.014 / SP

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NA FASE POLICIAL E RATIFICADO EM JUÍZO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRETENSÃO INVIÁVEL, ANTE A ESTREITEZA DO **HABEAS CORPUS**. ORDEM DENEGADA.

1. 'O reconhecimento fotográfico do acusado [realizado na fase inquisitorial], quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório' (STF, HC 104.404/MT, 1.^a Turma, Rel. Min. **DIAS TOFFOLI**, DJe de 29/11/2010). É o que ocorre na espécie.

2. Ademais, a condenação não foi respaldada apenas no reconhecimento fotográfico, mas também pelo fato de que os objetos roubados foram encontrados em poder do Paciente e do Corréu, bem assim pelos depoimentos das testemunhas.

3. No julgamento do **habeas corpus** não se pode analisar a arguida falta de provas da materialidade e autoria do crime para efeito da condenação do Paciente, como se fosse um segundo recurso de apelação. Descabida na via eleita ampla dilação probatória.

4. Ordem denegada.”

Essa é a razão pela qual se insurge o impetrante neste **writ**.

Tenho que o caso é de concessão parcial da ordem.

Reconheço a plausibilidade jurídica da alegada existência de nulidade do julgado oriundo do Superior Tribunal de Justiça, por cerceamento de defesa, decorrente da falta de intimação do impetrante para realizar sustentação oral na sessão de julgamento ocorrida em 17/3/11 perante aquela Corte Superior, apesar de requerimento expresso.

De fato, segundo informações obtidas junto ao sítio do Superior Tribunal de Justiça na **internet**, em petição de 19/7/10 (Petição/STJ nº 193.597/10), o impetrante manifestou seu interesse em produzir sustentação oral.

A Ministra **Laurita Vaz**, Relatora do HC nº 172.128/SP, em suas

HC 108.014 / SP

informações (Petição/STF nº 30.086/11), menciona que *“o feito foi levado a julgamento em mesa, em 17/3/2011, sem aviso prévio do advogado Impetrante (...)”* (grifei).

A falta de intimação suprime direito da defesa do paciente de comparecer na sessão de julgamento para a sustentação oral, que constitui instrumento de efetivação da garantia constitucional da ampla defesa, para cujo exercício a Constituição da República assegura *“os meios e recursos a ela inerentes”* (art. 5º, LV).

Ademais, deixo registrado que, havendo pedido expresso de comunicação da data do julgamento para que seja feita a sustentação oral, eventual retardamento no curso do processo correrá à conta do próprio impetrante, não sendo razoável impor-lhe a obrigação de manter insistentes contatos telefônicos a fim de saber quando o seu processo será levado a julgamento, ou, pior ainda, que compareça a todas as sessões do Tribunal.

Como já preconizado pela eminente Ministra **Cármem Lúcia** no HC nº 104.264/RJ, *“o fato de a sustentação oral não constituir ato essencial é irrelevante, devendo-se distinguir duas situações. A primeira é a sustentação não constituir ato essencial, no sentido de que, se não realizada, não gera nulidade alguma (nesse sentido, entre outros, HC 66.315, Rel. Min. **Moreira Alves**, DJ 24.2.1989; HC 68.369, Rel. Min. **Sydney Sanches**, DJ 8.3.1991; HC 69.429, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ 28.5.1983; HC 73.839, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ 27.3.1998; HC 76.970, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, DJ 20.4.2001; HC 82.241, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ 4.3.2005; HC 83.792, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ 30.4.2004; HC 82.740, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ 22.6.2007; HC 84.655, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ 4.2.2005; HC 85.789, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ 26.8.2005; HC 85.845, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ 23.9.2005; RHC 79.541, Rel. Min. **Celso de Mello**, Informativo n. 179; e RHC 86.085, Rel. Min. **Ayres Britto**, DJ 31.3.2006; e QC 501, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJ 28.11.1997). A segunda, substancialmente diversa, refere-se aos casos em que há pedido da defesa para ser intimada da data da sessão de julgamento, a fim de que possa exercitar o seu direito à sustentação oral e a comunicação não ocorre”* (Primeira Turma, DJe de 19/11/10).

HC 108.014 / SP

Nesse mesmo sentido:

“HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA PELA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO DO WRIT. IMPOSSIBILITADA A SUSTENTAÇÃO ORAL. EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE INTIMAÇÃO EXPRESSO NOS AUTOS. Nos termos da orientação deste Supremo Tribunal Federal, a sustentação oral não é ato essencial à defesa. Contudo, havendo pedido expresso nos autos de intimação da realização do julgamento, é de se deferir o **habeas corpus, em homenagem à envergadura maior do writ. **Habeas corpus** deferido em parte”** (HC nº 86.550/SC, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJ 13/10/06);

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ART. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PEDIDO DA DEFESA PARA REALIZAR SUSTENTAÇÃO ORAL. COMUNICAÇÃO DA DATA DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA. INFORMAÇÃO DISPONIBILIZADA APENAS NOS MEIOS INFORMATIZADOS DAQUELA CORTE. NECESSIDADE DE QUE A CIENTIFICAÇÃO COM ANTECEDÊNCIA MÍNIMA DE QUARENTA E OITO. EXIGÊNCIA QUE DECORRE DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I - sustentação oral não constitui, de **per si, ato essencial à defesa, razão pela qual, em princípio, não há necessidade de comunicação da data de julgamento. II - Na ausência de disposição normativa interna, não é ônus das Cortes de Justiça a comunicação nos termos e prazos requeridos pelas partes. III - No caso, todavia, de indicação da defesa de que pretende sustentar oralmente, a cientificação desta, em tempo hábil, melhor atende ao disposto no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição. IV - Afigura-se, porém, razoável e suficiente que a informação seja disponibilizada por meio dos**

HC 108.014 / SP

sistemas institucionais de acompanhamento processual, observada a antecedência necessária a permitir o deslocamento do patrono para o ato. IV - Ordem parcialmente concedida” (HC nº 92.290/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 30/11/07).

Daí ter esta Primeira Turma reformulado o entendimento que anteriormente predominava e que fora reproduzido no enunciado da Súmula nº 431/STF, segundo a qual “*é nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação, ou publicação da pauta, salvo em habeas corpus*”.

A ausência de intimação para a sessão de julgamento quando houver pedido para tal é considerada causa de nulidade do julgamento, por se frustrar eventual possibilidade de sustentação oral. Com esse entendimento, em questão de ordem, foi anulado julgamento do próprio Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

“QUESTÃO DE ORDEM EM **HABEAS CORPUS**. PROCESSUAL PENAL. REQUERIMENTO PRÉVIO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. Nulidade. Havendo requerimento de ciência prévia do julgamento visando à sustentação oral, a ausência de notificação da sessão de julgamento consubstancia nulidade. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o julgamento proferido na Sessão de 29 de setembro de 2009, a fim de que outro se realize com a prévia intimação do impetrante para fazer sustentação oral” (HC nº 99.929/SP-QO, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 4/6/10).

É firme, também, a jurisprudência deste Supremo Tribunal quanto à desnecessidade de comprovação do efetivo prejuízo (HC nº 69.142/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 11/2/92) para se concluir pela nulidade na forma acima exposta.

Inevitável, assim, é a conclusão de que o acórdão atacado está eivado de vício insanável, sendo, portanto, nulo, tal como reconhecido no

HC 108.014 / SP

juízo de julgamento do HC nº 105.728/RJ, do qual fui relator. Confira-se:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS ADVOGADOS PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS IMPETRADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE INTIMAÇÃO CONSTANTE DOS AUTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. DIREITO À PRÉVIA COMUNICAÇÃO PARA DAR EFICÁCIA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO EM PARTE. 1. Havendo pedido nos autos, a falta de intimação para a sessão de julgamento suprime o direito da defesa de comparecer para realizar a sustentação oral, que constitui instrumento de efetivação da garantia constitucional da ampla defesa, para cujo exercício a Constituição da República assegura ‘os meios e recursos a ela inerentes’ (art. 5º, LV). 2. Nulidade absoluta do ato praticado nessa condição. Precedentes. 3. Writ concedido em parte” (Primeira Turma, DJe de 7/10/11).

Outra não foi a conclusão da Procuradoria-Geral da República ao asseverar que “o Superior Tribunal de Justiça informou que o feito foi levado a julgamento em mesa, em 17/3/2011, sem aviso prévio do advogado impetrante”. E a consulta ao andamento do HC nº 172.128/STJ indica que os autos foram conclusos ao relator, com parecer do Ministério Público, em 19.11.2010, sendo submetidos a julgamento somente quatro meses depois, sem que fosse atendido o requerimento do impetrante, o que importou em supressão do direito à sustentação oral. Desse modo, está configurada a nulidade: ‘Ausência de intimação do advogado para a sessão de julgamento de habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de realização de sustentação oral. Existência de pedido de intimação constante dos autos. Cerceamento de defesa. Direito à prévia comunicação para dar eficácia à garantia constitucional da ampla defesa. Nulidade absoluta. Precedentes.’ (HC 104.264, rel. Min.

HC 108.014 / SP

Cármem Lúcia, DJe 18.11.2011). No mesmo sentido, dentre outros, o HC 106.927/GO, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (DJe 30.03.2011)” (grifos conforme o original).

Não conheço da matéria remanescente ventilada (insuficiência de prova para a condenação), tendente ao reconhecimento da absolvição do paciente, dada a necessidade de prévio rejuízo da causa pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem**, para anular o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 172.128/SP, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, e determinar que novo julgamento se realize, reabrindo-se a discussão sobre a questão de fundo e observando-se a intimação do impetrante para a sessão de julgamento, com antecedência mínima de 48 horas.

É como voto.

25/10/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 108.014 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, em situação idêntica, julgamos assim o **Habeas Corpus** 104.264, da relatoria de Vossa Excelência - aqui ainda está a Primeira Turma e o HC 106.927, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. De sorte que essas outras questões têm que passar pelo Superior Tribunal de Justiça para evitar a supressão de instância.

Estou de acordo com o voto do eminente Ministro Dias Toffoli.

25/10/2011**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 108.014 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, peço vênua ao relator para acolher o pedido principal, que é no sentido da absolvição dos pacientes. E, logicamente vencido, se o for – muito embora muito acostumado a isso –, nessa parte, acompanho o relator anulando a decisão proferida considerado o pedido sucessivo.

O que temos, Presidente? Uma condenação que se baseou no testemunho da vítima. A vítima retratou o desenrolar do acontecimento e apontou que fora surpreendida, juntamente com a mãe, o pai e o filho, pelos assaltantes, que usavam – ela mesma consignou – bonés puxados sobre os rostos. Anunciaram o assalto e subtraíram talão de cheques, dinheiro, telefone celular, cartão de crédito, relógios. E ocorreu, posteriormente, o reconhecimento fotográfico, não o pessoal.

Outra testemunha simplesmente disse que presenciara o reconhecimento – não sei se foi o da própria vítima, porque apenas há notícia desse reconhecimento – mediante fotografia – e não através, porque não se atravessou nada.

Segue-se depoimento de uma testemunha da defesa, afirmando que conhecia um dos acusados há mais de dez anos. Seria pessoa trabalhadora e que teria prestado inclusive serviço de pedreiro para ela, testemunha, e para a própria filha. Tem-se outro depoimento em que o ouvido apenas assentou que nada sabia sobre os fatos mencionados e que o réu, como se fosse único, seria pessoa trabalhadora.

A partir desse contexto, chegou-se à condenação, afirmando-se, de forma peremptória, mas sem a indispensável demonstração, que o conjunto de provas seria bastante seguro e que permitiria a certeza indispensável a chegar-se à condenação.

Presidente, houve recurso da defesa e a Procuradoria de Justiça, o Procurador que oficiou no recurso, preconizou o provimento. Assim o fez, justamente, com base na falta de prova. Penso que não há como

HC 108.014 / SP

manter a condenação.

Cumpra ao Ministério Público comprovar de forma suficiente, de forma robusta, a culpa do acusado. E isso, segundo o próprio Ministério Público, que atuou em grau de apelação, oficiando no processo – e constatei a procedência –, não teria ocorrido na espécie.

Concedo a ordem para absolver, como preconizado, repito, pelo Ministério Público em grau de apelação, os pacientes.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 108.014

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : EDSON LUIZ CORDEIRO DA CRUZ

IMPTE.(S) : PAULO SERGIO DE OLIVEIRA

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Por maioria de votos, a Turma concedeu, em parte, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a concedia em maior extensão. Falou o Dr. Paulo Sergio de Oliveira, pelo Paciente. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 25.10.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carmen Lilian
Coordenadora