

13/05/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 121.350 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
PACTE.(S) : **ELNATÃ CESAR ALVES**
IMPTE.(S) : **ANTONIO DONATO**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE SUPOSTAS NULIDADES PELO USO INDEVIDO DE ALGEMAS NO INTERROGATÓRIO E PELA AUSÊNCIA DE REQUISIÇÃO DO RÉU PARA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS REALIZADA NO JUÍZO DEPRECADO. IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL.

1. A nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado.

2. A ausência do acusado na audiência de instrução não constitui vício insanável apto a ensejar a nulidade absoluta do processo, posto tratar-se de nulidade relativa, exigindo-se, para o seu reconhecimento, a demonstração de prejuízo à defesa. Precedentes: HC 68.436, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 27.03.92; HC 95.654, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 15.10.10; HC 84.442, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJe de 25.02.05; HC 75.225, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.12.97; RHC 110.056, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ

HC 121350 / DF

de 09.05.12.

3. *In casu*, a) O paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas), pois foi flagrado com outros corréus transportando e mantendo em depósito aproximadamente 725 kg (setecentos e vinte e cinco quilos) de maconha em um fundo falso de um caminhão. b) Conforme destacou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “*não consta dos documentos trazidos aos autos o uso de algemas pelo paciente, sequer a manifestação da defesa nesse sentido tanto no termo de audiência quanto nas alegações finais, relatadas na r. Sentença, motivo pelo qual a matéria estaria preclusa*”. c) A ausência de requisição do réu para a audiência, de oitiva de testemunha, realizada por meio de carta precatória, foi justificada “*diante da falta de tempo hábil para cumprimento do prazo normativo (antecedência mínima exigida para recebimento pelo estabelecimento prisional) após o recebimento do ofício de comunicação do juízo deprecado*”, tendo havido regular intimação da Defesa, que não compareceu ao ato, todavia, a realização foi acompanhada por defensor nomeado.

4. O princípio *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.

5. A falta de comprovação de que efetivamente houve a utilização de algemas no paciente durante a audiência de interrogatório e a insurgência da defesa no momento oportuno, impedem a verificação de eventual inobservância à Súmula Vinculante n.º 11 do Supremo Tribunal Federal.

6. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

7. *Habeas corpus* extinto por inadequação da via processual eleita.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

HC 121350 / DF

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar extinta a ordem de *habeas corpus*, sem julgamento do mérito, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 13 de maio de 2014.

LUIZ FUX – Relator

Documento assinado digitalmente

13/05/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 121.350 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S) : ELNATÃ CESAR ALVES
IMPTE.(S) : ANTONIO DONATO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa possui o seguinte teor:

“*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.*”

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE N. 11. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há na documentação que instrui o *mandamus*,

HC 121350 / DF

qualquer notícia sobre utilização de algemas no paciente durante a audiência de instrução e julgamento, circunstância que impede a verificação de eventual inobservância à Súmula Vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal.

2. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

OITIVA DE TESTEMUNHA. AUDIÊNCIA EM JUÍZO DEPRECADO. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO OPORTUNA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.

1. Conforme entendimento já consolidado na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a realização da audiência de instrução no juízo deprecado sem a presença do acusado que se encontra preso é causa de nulidade relativa, cuja declaração depende de arguição oportuna e demonstração de efetivo prejuízo.

2. Constatando-se que a defesa do paciente permaneceu silente durante todo o curso do feito, vindo a arguir a nulidade da audiência apenas quando da impetração de *habeas corpus* na origem, a pretensão formulada no presente *writ* encontra-se fulminada pelo instituto da preclusão.

3. *Habeas corpus* não conhecido”.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo buscando a nulidade da ação penal e a soltura do paciente, tendo a ordem sido denegada.

HC 121350 / DF

Ainda irresignada, a defesa do paciente impetrou novo *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que não foi conhecido.

É contra esse acórdão que se insurge o impetrante.

Sustenta, em suma, a existência de nulidades na ação penal, em razão do paciente ter permanecido algemado em seu interrogatório, bem como pela ausência do paciente na audiência de oitiva de testemunhas, por não ter sido requisitado.

Requer, assim, o deferimento de medida liminar para declarar a nulidade da ação penal a partir do interrogatório, subsidiariamente, pede a nulidade da audiência de oitiva das testemunhas sem a requisição do paciente e que seja determinada a sua soltura. No mérito, pede a ratificação da medida liminar.

O pedido liminar foi indeferido e as informações foram prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jaú/SP.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer que possui a seguinte ementa:

“Ementa. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Cabimento excepcional. Tráfico de entorpecentes. Não ocorrência das alegadas nulidades, quais sejam: uso de algema sem a devida fundamentação e ausência do paciente na audiência de oitiva das testemunhas de acusação. Não demonstração de prejuízo. Princípio geral das nulidades – pas de nullité sans grief. Parecer pela denegação da ordem”.

É o relatório.

13/05/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 121.350 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Preliminarmente, verifico tratar-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário.

A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

...

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

...

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.”

In casu, o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgR, Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, Dje de 1º.10.99, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

HC 121350 / DF

“EMENTA: PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL - MEDIDA DESTITUÍDA DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL.

- As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra membros do Congresso Nacional, não se incluem na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes.

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

- A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em numerus clausus, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes.

O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria

HC 121350 / DF

penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes.”

Afigura-se paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados - Súmula Vinculante e Repercussão Geral - com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República.

E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a correção de rumos, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC n. 109.956, que capitaneou a mudança de entendimento na Primeira Turma, *verbis*:

“O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e

HC 121350 / DF

aplicação do Direito que é sistemática. O habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo habeas, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpra implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012)

No caso, não há excepcionalidade que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem.

Consta dos autos, que o paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, pois de acordo com a denúncia:

“(…) no dia 29 de outubro de 2011, por volta das 14h00, na Estrada Vicinal Santa Maria da Serra, defronte ao condomínio Vale Verde, na cidade de Mineiros do Tietê, nesta Comarca, **RODANERES CASANOVA DE SOUZA**, (...) **VINICIUS DE MIRANDA GODOY**, (...) **ELTANÃ CESAR ALVES**, (...)”

HC 121350 / DF

agindo em concurso previamente ajustados e com identidade de desígnios, foram surpreendidos *transportando e mantendo em depósito*, para fins de tráfico, **aproximadamente 725kg (setecentos e vinte e cinco quilos) de *Cannabis sativa L*, mais conhecida como “maconha” ou “canhamo”, em 578 (quinhentos e setenta e oito) tabletes**, substância entorpecente e que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme autos de exibição e apreensão de fls. 23/25 e laudo químico-toxicológico de fls. 80.

Consta ainda que, desde data incerta, até a data dos fatos referidos, os indiciados se associaram para prática reiterada ou não do tráfico de entorpecentes.

Segundo apurado, os indiciados, de antemão associados para a prática do tráfico de drogas, no dia dos fatos, agindo em concurso, planejaram que Eltanã e Vinicius entregariam a droga sobredita para o comparsa Rodonares.

Para tanto, os dois primeiros acomodaram a grande quantidade de maconha em um fundo falso do caminhão VOLVO/NL10 branco, placas HGQ 6552/Anastácio-MS, com reboque placa AAF 1842/Anastácio-MS, e Vinicius passou a conduzi-lo, enquanto Eltanã, na direção do automóvel FIAT/Uno branco, placas ANE 9959/Hortolândia-SP, o escoltava, dando-lhe cobertura.

Em dado momento, quando trafegavam pela referida vicinal, o caminhão apresentou problemas mecânicos e eles precisaram estacioná-lo para procurar a ajuda de um profissional, ocasião em que policiais civis de Campinas (que já vinham investigando tal atividade e aguardavam referido caminhão) foram ao local e, com a ajuda de equipes de apoio, visualizaram o caminhão estacionado.

Seguiu-se uma campana e, então, os indiciados Elnatã e Vinicius foram abordados, tendo ambos, a princípio, negado os fatos, mas acabando por confirmar que a droga estava em um fundo falso do caminhão.

Naquele interim, **o indiciado Rodonares enviou uma**

HC 121350 / DF

mensagem para o celular do indiciado Elnatã, a qual dizia o local em que a droga seria descarregada (Sumaré/SP).

Após diligências, os policiais encontraram o indiciado Rodonares em Sumaré/SP, sendo os três presos em flagrante.

E, diante da natureza, grande quantidade (quase uma tonelada) e situação do entorpecente apreendido (escondido em um fundo falso do caminhão, devidamente seccionado em inúmeros tabletes, para serem repassados a microtraficantes), não há dúvidas de que os entorpecentes se destinavam à traficância, estando todos os agentes associados para tal prática (revelando o transporte de grande quantidade de droga experiência anterior). (grifos meus e no original).

Conforme relatado, pretende-se no presente *writ* o reconhecimento de supostas nulidades em razão do suposto uso indevido de algemas no interrogatório e pela ausência do réu na audiência oitiva de testemunhas realizada no juízo deprecado.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a realização de audiência para oitiva de testemunhas sem a presença do acusado é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da demonstração de prejuízo efetivo e concreto para a defesa. Nesse sentido são os seguintes acórdãos:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. (...) CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE REQUISIÇÃO DE RÉU PRESO PARRA A AUDIÊNCIA DE INQUIRIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

(...)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não exige a requisição do réu preso para comparecer ao juízo deprecado, ainda que na mesma unidade da federação em que se ache custodiado, para o efeito de assistir à inquirição das

HC 121350 / DF

testemunhas arroladas pelo Ministério Público, por entender que a ausência do acusado não constitui vício insanável, apto a ensejar a nulidade absoluta do processo (...).

Tratando-se, a ausência dessa requisição, de nulidade meramente relativa, a declaração desse vício formal depende da demonstração do efetivo prejuízo causado à defesa.

(...)”

(HC 68.436, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 27.03.92)

“Habeas Corpus. 2. Alegação de nulidade do processo – desde o interrogatório do paciente -, dado que não teria sido respeitado o seu direito de presença à audiência de inquirição de testemunha. 3. Advogado constituído que esteve presente à audiência. 4. Hipótese de nulidade relativa. Precedentes. Não comprovação do prejuízo pela defesa. 5. Constrangimento não configurado. 6. Ordem denegada.”

(HC 95.654, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 15.10.2010)

“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DO RÉU NA ASSENTADA. NULIDADE ABSOLUTA. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. A declaração de nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para à defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado. Precedentes: Habeas Corpus nº 68.436, rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 27.03.92; Habeas Corpus nº 95.654, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 15.10.2010; Habeas Corpus nº 84.442, rel. Min. Carlos Britto, DJe de 25.02.2005; Habeas Corpus nº 75.225, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19.12.1997. 2. A ausência do acusado

HC 121350 / DF

na audiência de instrução não constitui vício insanável apto a ensejar a nulidade absoluta do processo, posto tratar-se de nulidade relativa, exigindo-se, para o seu reconhecimento, a demonstração de prejuízo à defesa. 3. In casu, no ato do interrogatório foram intimados o réu e seu defensor para comparecerem à audiência de instrução e esses, reiteradamente, deixaram de comparecer às sessões sucessivamente designadas para a oitiva das testemunhas de acusação, fazendo-se presente o defensor na derradeira assentada, quando participou ativamente, inclusive fazendo reperguntas aos inquiridos. Inexistência de prejuízo para a defesa (*pas de nullités sans grief*). Ademais, não é dado parte arguir vício a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido (CPP, artigo 565). 4. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (RHC 110.056, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 09.05.12)

De igual teor são os seguintes julgados: HC 84.442, Primeira Turma, Relator o Ministro Dje de 25.02.05; HC 75.225, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.12.97.

Dessume-se, portanto, que o fato de o paciente não estar presente à audiência em que ouvida a testemunha não implica, por si só, a nulidade do processo, dado que seu não comparecimento somente geraria nulidade se demonstrado, de modo efetivo e concreto, o prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Daí a aplicação do disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal - *“Nenhum ato processual será declarado nulo, se da nulidade não tiver resultado prejuízo para uma das partes”* -, porquanto a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador somente deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a sua própria finalidade estiver comprometida por causa do vício (Grinover, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 28).

In casu, a não requisição do paciente para a audiência de oitiva de testemunhas no juízo deprecado foi devidamente justificada, sendo

HC 121350 / DF

devidamente intimada a defesa do paciente e **assegurada a presença de defensor nomeado no ato**, conforme constou das informações prestadas pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jaú/SP, *verbis*:

“(…)

Em relação ao argumento da não requisição do réu para a audiência, de oitiva de testemunha, realizada por meio de carta precatória, ficou justificada diante da falta de tempo hábil para cumprimento do prazo normativo (antecedência mínima exigida para recebimento pelo estabelecimento prisional) após o recebimento do ofício de comunicação do juízo deprecado, tendo havido regular intimação da Defesa, que não compareceu ao ato, cuja realização foi acompanhada por defensor nomeado (fls. 311/312), pois admite-se a realização da audiência na concordância do defensor nomeado para o ato (...) De mais a mais, nenhum prejuízo foi alegado pela Defesa quando da apresentação dos memoriais finais (fls. 395/399), cuja irressignação só se deu após o conhecimento do decreto condenatório de fls. 416/427” (grifei).

Quanto ao tema atinente ao uso de algemas no interrogatório do paciente, não prospera a irressignação do impetrante, uma vez que não há qualquer comprovação nos autos de que o réu esteve algemado, bem como não houve a insurgência da defesa em tempo hábil, restando a matéria preclusa. De qualquer modo, também não ficou demonstrado prejuízo a defesa, bem como as situações físicas da sala de audiências justificam, em tese, o uso de algemas. Nesse sentido, bem destacou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do habeas corpus, lá impetrado:

“(…)

Inicialmente, não consta dos documentos trazidos aos autos o uso de algemas pelo paciente, sequer a manifestação da defesa nesse sentido tanto no termo de audiência (fls. 29/30) quanto nas alegações finais, relatadas na r. Sentença (fls. 19),

HC 121350 / DF

motivo pelo qual a matéria estaria preclusa.

Ainda assim, é de se ver, como ponderado no despacho inicial, **“A N. Magistrada oficiante naquele Juízo, ao prestar as informações requeridas, afirmou não ter elementos suficientes para justificar o uso de algemas pelo paciente na audiência presidida por outro Juiz, ressaltando, todavia, “o diminuto espaço reservado à sala de audiências deste Juízo (3,02m de largura; 5,90 de comprimento), desprovida de janelas, e a recorrente preocupação com as condições de segurança, sobretudo em razão da existência de áreas de livre circulação no prédio do fórum local” (fls 39/40), o que certamente motiva maior cautela”** (fls. 42/43).

Por fim, como já destacado, o princípio *pas de nullité sans grief* exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta (arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal; HC 81.510, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.4.2002; e HC 74.671, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 11.4.1997) quanto relativa (HC 74.356, Relator o Ministro Octavio Gallotti, DJ 25.4.1997; e HC 73.099, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 17.5.1996), pois *“não se declara nulidade por mera presunção”* (RHC 99.779, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 13.9.2011).

Esse princípio, corolário da natureza instrumental do processo, exige a demonstração de prejuízo concreto pela parte que argui a mácula (arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal; HC 81.510, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.4.2002; e HC 74.671, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 11.4.1997), o que não se deu na espécie. Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA, QUE, SOMENTE DEPOIS, PERMITIU QUE AS PARTES INQUIRISSEM AS

HC 121350 / DF

TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. NÃO ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. (...) O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 3. Ordem denegada” (HC 103.525, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 27.8.2010, grifos nossos);

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DIVERSO DO DISPOSTO NO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM ALTERAÇÃO DA LEI N. 11.690/2008. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 1. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 2. Ordem denegada” (HC 110.936, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 8.10.2012);

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. Pelo que se tem nos autos, não foi vedado à defesa nem à acusação inquirir diretamente as testemunhas. O juiz de primeira instância apenas afirmou, com base na sua interpretação do art. 212 do Código de Processo Penal, com a alteração da Lei n. 11.690/2008, que deveria inquirir primeiramente as testemunhas. 2. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 3. Recurso ao qual se nega provimento” (RHC 113.382, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 8.10.2012);

HC 121350 / DF

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. 1. INDÍCIO DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS EM HABEAS CORPUS. 2. ALEGAÇÃO DE NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM ALTERAÇÃO DA LEI N. 11.690/2008. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 1. Alegação de não haver provas de autoria do delito de homicídio do Paciente. Impossibilidade de reexame dos fatos e das provas dos autos em habeas corpus. 2. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 3. Ordem denegada” (HC 115.336, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 5.6.2013).

E ainda: HC 112.212, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 3.10.2012; HC 111.414, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 27.8.2012, entre outros.

Nesse sentido, foi a conclusão da Procuradoria Geral da República em parecer exarado nos autos:

“De fato, o uso de algemas só é permitido em casos extremos e com a devida fundamentação. Todavia, como salientado pelas instâncias precedentes, não há prova dessa circunstância.

(...)

Quanto à questão remanescente, a teor do art. 563 do CPP, o princípio geral das nulidades é o *pas de nullité sans grief*, que exige, mesmo em casos de nulidade absoluta, a comprovação de prejuízo”. (grifei)

Ex positis, julgo o *habeas corpus* extinto por inadequação da via processual eleita.

13/05/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 121.350 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, só um breve registro.

Embora nós - eu pessoalmente e a Turma, em alguns casos - termos sido mais tolerantes, digamos assim, em hipóteses em que a droga seja a maconha, aqui destaco o fato de que são setecentos e vinte e cinco quilos, portanto, esse é o atacadista, é o barão. Não é essa a pessoa que tentamos proteger ao não mandar para a cadeia.

De modo que eu, por essa razão, acompanho Sua Excelência.

* * * * *

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 121.350

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

PACTE.(S) : ELNATÃ CESAR ALVES

IMPTE.(S) : ANTONIO DONATO

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

Decisão: A Turma julgou extinta a ordem de *habeas corpus*, sem julgamento do mérito, nos termos do voto do relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 13.5.2014.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma