

01/04/2014

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 120.356 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
RECTE.(S) : FRANCISCO BERNARDONE DA COSTA VALE
ADV.(A/S) : TIAGO VALE DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO DENEGADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NULIDADE PROCESSUAL. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DIPLOMAÇÃO DO ACUSADO NO CARGO DE PREFEITO MUNICIPAL. RATIFICAÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS. FALTA DE INTIMAÇÃO PARA AS DILIGÊNCIAS DO ART. 10 DA LEI 8.038/1990. PROVA EMPRESTADA NÃO ADMITIDA NO JUÍZO CONDENATÓRIO. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. O Superior Tribunal de Justiça observou os precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte que não vem admitindo a utilização de *habeas corpus* em substituição a recurso constitucional.

2. A ratificação dos atos processuais encontrou fundamento nos princípios da instrumentalidade das formas e da razoável duração do processo, regularmente apreciados no contexto das peculiaridades do caso concreto, em que a imediata modificação da competência decorreu da prerrogativa de foro por diplomação superveniente do Recorrente no cargo de Prefeito Municipal.

3. Inexiste o cerceamento de defesa decorrente da falta de intimação para as diligências do art. 10 da Lei 8.038/1990, sequer admitida na avaliação das provas pelo juízo condenatório a prova emprestada posteriormente colacionada aos autos.

4. Sem a demonstração de efetivo dano à defesa, incide o princípio maior que rege o tema, segundo o qual sem prejuízo não se reconhece a

RHC 120356 / DF

nulidade, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.

5. Recurso ordinário em *habeas corpus* ao qual se nega provimento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente.

Brasília, 1º de abril de 2014.

Ministra Rosa Weber
Relatora

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 120.356

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

RECTE.(S) : FRANCISCO BERNARDONE DA COSTA VALE

ADV.(A/S) : TIAGO VALE DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma, por indicação da relatora, adiou o julgamento do processo. Unânime. Não participaram, justificadamente, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 18.3.2014.

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

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

01/04/2014

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 120.356 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
RECTE.(S) : FRANCISCO BERNARDONE DA COSTA VALE
ADV.(A/S) : TIAGO VALE DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Francisco Bernardone da Costa Vale contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem no HC 194.476/PI.

Denunciado pela suposta prática do crime de homicídio tentado - teria desferido dois tiros de arma de fogo com a intenção de causar a morte da vítima Milton Cezar Correia da Silva-, o Recorrente foi absolvido pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Tribunal do Júri da Comarca de Teresina-PI, tendo, contudo, o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí dado provimento ao recurso de ofício para pronunciá-lo como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, c/c art. 14, II, do Código Penal . Ato contínuo, acolhidos, em parte, os embargos de declaração opostos para anular a pronúncia e fixar a competência do Tribunal de Justiça para o processamento e julgamento do feito, dado o foro privilegiado por prerrogativa de função decorrente da superveniente diplomação do Recorrente no cargo de Prefeito Municipal de Aroazes-PI.

Estabelecida a competência do Tribunal de Justiça, o Relator, monocraticamente, ratificou os atos processuais praticados perante o Juízo de primeiro grau. Contra essa decisão, a Defesa opôs embargos de declaração, convertidos em agravo regimental a que o Colegiado negou provimento. A Defesa manejou recurso especial, inadmitido na origem.

Efetuada a conversão do rito para o da Lei 8.038/1990, o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí condenou o Recorrente à pena de 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, pelo crime

RHC 120356 / DF

de homicídio duplamente qualificado, na forma tentada. Após, rejeitou os embargos de declaração opostos.

A Defesa, então, impetrou o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem.

Opostos, logo após, embargos de declaração, rejeitados pela Corte Superior.

Neste recurso ordinário em *habeas corpus*, sustenta a Defesa a ocorrência de nulidade processual por afronta ao princípio do devido processo legal por ausência de intimação para cumprimento das diligências previstas no art. 10 da Lei 8.038/1990. Para tanto, enfatiza que foram colacionados aos autos “*prova emprestada produzida no processo em trâmite na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Piauí, (...), bem como requerimento de admissão de assistente de acusação*”. Agrega que reiterou, “*até o momento das alegações finais, pela necessidade de abertura de prazo para oferecimento de pedido de diligências, principalmente pelo fato de existir novas provas juntadas pela acusação*”.

Requer seja dado provimento ao recurso com o reconhecimento da nulidade de todos os atos processuais praticados a partir da falta de intimação para as diligências finais, prevista no art. 10 da Lei 8.038/1990.

Em 16.12.2013, indeferi a liminar.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, opina pelo não provimento do recurso ordinário.

Expedido telegrama para dar ciência da sessão de julgamento do feito.

É o relatório.

01/04/2014

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 120.356 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Senhor Presidente, apenas, em um primeiro momento, em função da observação feita da tribuna com relação ao meu relatório, de fato, estamos transcrevendo o que diz o Tribunal de Justiça do Piauí. Conferi a peça, e aqui seria o recurso de ofício, e não o recurso promovido pelo Ministério Público.

O que diz o Tribunal de Justiça é que, às folhas 128 e 131, o *Parquet* interpôs recurso de ofício da decisão que absolveu sumariamente os acusados e desta o juízo monocrático não recorreu, sendo o Ministério Público obrigado a interpor o recurso em tela.

Esse foi o registro feito pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

01/04/2014

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 120.356 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Objetiva o presente recurso ordinário em *habeas corpus* o reconhecimento da nulidade de todos os atos processuais praticados a partir da falta de intimação da Defesa para as diligências finais, prevista no art. 10 da Lei 8.038/1990.

De início, constato que o acórdão recorrido teve por fundamento a inadequação da via eleita pelo ora Recorrente, por ter ajuizado a ação constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí que condenou o Recorrente à pena de 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, pelo crime de homicídio duplamente qualificado, na forma tentada.

Destaco terem sido observados, com as devidas adaptações, os precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte que não vem admitindo a utilização de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário.

Tal entendimento foi assentado, em 08.8.2012, no julgamento do HC 109.956/PR:

“HABEAS CORPUS - JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR - IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO – CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las” (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 11.9.2012).

Da minha lavra, destaco o HC 108.390/MS:

RHC 120356 / DF

“HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 102, II, a. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. 2. (...).” (HC 108.390/MS, 1ª Turma, DJe 02.10.2012).

O desvirtuamento do *habeas corpus* tem efeito ainda mais grave nos Tribunais Superiores, diante das funções precípua quer do Superior Tribunal de Justiça — a última palavra na interpretação da lei federal — quer desta Suprema Corte — a guarda da Constituição.

Como o acórdão recorrido está em consonância com os precedentes da Primeira Turma, não merece reforma o julgado nesse ponto.

Retomo, assim, a análise da questão de fundo, igualmente apreciada pela Corte Superior.

Conforme relatado, o caso envolve a suposta prática pelo Recorrente do crime homicídio qualificado na forma tentada. Teria ele desferido dois tiros de arma de fogo, na tentativa de causar a morte da vítima Milton Cezar Correia da Silva, motivado por discussão travada em torno de bens móveis que deixara na casa da vítima.

Segundo a exordial acusatória, no dia 06.6.1997, *“o denunciado Francisco Bernadone, em seu celular, recebeu um telefonema de Milton Cezar Correia da Silva, seu inquilino, reclamando a sua presença na residência por ele locada, situada na rua Miosótis. Deu-se que, no interior da residência, retro*

RHC 120356 / DF

citada, após ligeira alteração sobre bens móveis, de propriedade de Milton Cezar, o denunciado Francisco Bernadone sacou uma pistola, presumivelmente uma 'luger', calibre nove milímetros, desferindo em Milton Cezar dois tiros, com o ânimo de matá-lo, não o conseguindo pela fuga precipitada da vítima, mas que lhe causaram as lesões corporais descritas no laudo pericial (fls. 16 a 27), corroborado por acervo fotográfico (fls. 30 a 32) e pelo laudo de exame de corpo de delito (fls. 41)".

Absolvido sumariamente pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Teresina-PI, o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí deu provimento ao recurso de ofício para pronunciar o ora Recorrente pela suposta prática do crime de homicídio tentado. Diante de sua diplomação no cargo de Prefeito Municipal de Aroazes-PI, o Tribunal de Justiça acolheu em parte os embargos de declaração para anular a pronúncia e fixar a competência originária do Tribunal para o processamento e julgamento do feito. Convertido o rito para o da Lei 8.038/1990 e ratificados os atos processuais anteriormente praticados, o Tribunal de Justiça condenou o Recorrente à pena de 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, pelo crime de homicídio duplamente qualificado, na forma tentada.

Desde então insurge-se a Defesa contra a ratificação dos atos produzidos pelo magistrado de primeiro grau de jurisdição e contra a decisão que indeferiu o pedido de intimação da Defesa para as diligências finais do art. 10 da Lei 8.038/1990, cuja dicção é a seguinte: *"Concluída a inquirição de testemunhas, serão intimadas a acusação e a defesa, para requerimento de diligências no prazo de cinco dias"*.

Transcrevo o teor da decisão hostilizada:

"Ocorre, entretanto, que a diplomação e posse do réu no cargo de prefeito municipal (eleito para o pleito de 2004/2008 e reeleito para 2008/2012, conforme documentos de fls. 262/263) no curso do processo penal pressupõem o deslocamento imediato do feito para este Tribunal, posto que o foro por prerrogativa de função para os prefeitos encontra-se estabelecido na Magna Carta, prevalecendo sobre a competência constitucional do Júri.

RHC 120356 / DF

Estabelecida tal premissa, insta consignar que é cediço que os crimes de competência originária dos tribunais possuem o rito disciplinado na Lei nº 8.038/90, sem que tal fato prejudique a ratificação dos atos já praticados em primeira instância, frente a vigência do Princípio da Instrumentalidade e Razoável Duração do Processo.

Isso se justifica na medida em que formalismo não pode se sobrepor ao direito do acusado de ter seu processo julgado de forma célere, sobretudo, quando já obedecidos em primeira instância os ditames do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não havendo justificativa jurídica plausível para se prolongar a demora processual.

Nesse sentido, a Convenção Americana de Direito Humanos, Pacto San José da Costa Rica, no art. 8º, 1, prevê:

Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (sem grifo no original).

Portanto, tendo em vista a competência desta Corte para apreciar o feito, considerando que o processo em primeira instância obedeceu aos postulados do devido processo legal, com os consentâneos do contraditório e da ampla defesa, estabelecido o entendimento de que no ordenamento jurídico brasileiro o Princípio da Instrumentalidade e da Razoável Duração do Processo, há que se ratificar os atos processuais já praticados, com exceção da sentença absolutória modificada em segunda instância.

(...)

Ante o exposto, com base nas razões expendidas, RATIFICO os atos processuais praticados em primeira instância, a saber: a denúncia, o recebimento da denúncia, a apresentação de defesa prévia, a oitiva das testemunhas, bem como, a apresentação das alegações finais, com exceção da sentença absolutória modificada por esta Corte”.

RHC 120356 / DF

Contra tal entendimento, a Defesa opôs embargos de declaração, recebidos e julgados como agravo regimental pelo Tribunal de Justiça Estadual, aos seguintes fundamentos:

“A atual Constituição Federal em seu art. 5º, LIII, assegura que ninguém poderá ser processado e nem sentenciado senão pela autoridade judiciária competente.

O princípio do Juiz natural constitui verdadeira garantia individual estabelecida em favor de quem se achar submetido a processo penal, o que impede o julgamento da causa por Juiz ou Tribunal cuja competência não esteja previamente definida na Constituição.

O Constituinte depois de cuidar da competência em razão da matéria, cuidou também de dar relevância a determinados cargos ou funções públicas fixando foro privilegiado para o processos e julgamento de infrações penais praticadas por seus ocupantes.

O foro privativo por prerrogativa de função tem sua competência fixada originariamente nos Tribunais.

(...)

À prerrogativa do foro privilegiado alcança também o procedimento e rito processual para o julgamento do Recorrente, como bem salientou o próprio, pela Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990.

Estivesse o Agravante sido diplomado como Prefeito Municipal antes do oferecimento da denúncia, haveria necessidade de seguir, desde então, o rito da Lei nº 8.038/90, pois praticados por autoridade ilegítima ao tempo da prática da ação.

O foro privilegiado se limita da data da diplomação em diante.

(...)

O pedido do Agravante, portanto, não tem qualquer amparo legal, posto que, conforme dito acima, a ratificação dos atos processuais praticados em Primeiro Grau foi feita sem qualquer infringência aos dispositivos legais vigentes.

Até porque os atos haviam sido praticados quando o Recorrente ainda não gozava de foro privilegiado pelo cargo público que ocupa como Prefeito Municipal de Aroazes-PI”.

RHC 120356 / DF

Inadmitido o recurso especial manejado contra o acórdão supra, a Defesa submeteu a questão ao Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do *writ* no HC 194.476/PI, em decisão assim ementada:

“HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIO. 3. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA. RATIFICAÇÃO DOS ATOS ANTERIORMENTE PRATICADOS. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. O regime jurídico de validade dos atos processuais anteriores à modificação de competência é diverso daquele em que há a remessa dos autos a outro juízo em razão do reconhecimento de sua incompetência. Vale dizer, quando o processo se inicia e se desenvolve perante juiz incompetente, a ação penal deve ser anulada ab initio, com a repetição de todos os atos. Situação completamente diversa ocorre quando surge uma causa modificadora da competência. Nesses casos, os atos praticados são válidos e podem ser aproveitados, por

RHC 120356 / DF

força do princípio tempus regit actum.

3. No caso, o colegiado ratificou os atos anteriormente praticados pelo juízo competente, inclusive todos os relacionados com a instrução criminal, não havendo, por isso, falar em nulidade do feito por violação ao artigo 10 da Lei n.º 8.038/90, sobretudo porque não demonstrada a existência de prejuízo para a defesa, tampouco violação ao direito de defesa e ao devido processo legal.

4. *Habeas corpus não concedido”.*

Colho do voto condutor do acórdão:

“Como se depreende, os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça em razão de fato superveniente – diplomação do paciente para o cargo de Prefeito Municipal. Com isso quero enfatizar que o processo em desfile iniciou-se respeitando os textos de lei. Nasceu, portanto, válido, tendo em vista ser a regularidade do procedimento aferida segundo o estado de coisas anterior ao fato determinando do deslocamento da competência.

Rememoro, no particular, que o regime jurídico de validade dos atos processuais anteriores à modificação de competência é diverso daquele em que há a remessa dos autos a outro juízo em razão do reconhecimento de sua incompetência. Vale dizer, quando o processo se inicia e se desenvolve perante juiz incompetente, a ação penal deve ser anulada ab initio, com a repetição de todos os atos. Situação completamente diversa ocorre quando surge uma causa modificadora da competência. Nesses casos, os atos praticados são válidos e podem ser aproveitados, por força do princípio tempus regit actum. Ora, à diplomação superveniente do acusado, na pendência de processo já instaurado, não se concedem efeitos retroativos. Não há, portanto, nulidade superveniente dos atos processuais, mantendo o processo sua marcha procedimental do momento que parou no juízo anteriormente competente, observando-se, a partir da alteração, o novo procedimento eventualmente existente.

O ponto em questão está, pois, em decidir sobre a legalidade ou não do procedimento adotado pelo Tribunal de Justiça.

(...)

RHC 120356 / DF

Diante dessas considerações, não tenho como discordar do entendimento adotado pelo Tribunal Estadual, na medida em que a ratificação dos atos processuais praticados pelo Juízo anteriormente competente foi praticada dentro dos limites legais e institucionais, assegurada a garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Ademais, a instrução já havia sido encerrada com a produção de todas as provas pelas partes, não havendo falar em prejuízo para o paciente a não realização das diligências previstas no art. 10 da Lei nº 8.038/90.

Além disso, cabe registrar que não merece guarida o reconhecimento do pedido de diligências efetuado com base na Lei nº 8.038/90, na medida em que, como destacado pelo Tribunal Estadual, quando do julgamento do agravo regimental, se ‘tivesse (sic) o agravante sido diplomado como Prefeito Municipal antes do oferecimento da denúncia, haveria necessidade de seguir, desde então o rito da Lei nº 8.038/90, pois praticados por autoridade ilegítima ao tempo da prática da ação’.

Ante o exposto, não conheço da presente impetração”.

Como se observa da leitura dos excertos transcritos, a ratificação dos atos processuais encontrou fundamento nos princípios da instrumentalidade das formas e da razoável duração do processo, regularmente apreciados no contexto das peculiaridades do caso concreto, em que a imediata modificação da competência decorreu da prerrogativa de foro de que titular o Recorrente.

Igualmente não prospera a alegação de cerceio de defesa por não haver o juízo de origem oportunizado ao Recorrente requerer as diligências previstas no art. 10 da Lei 8.038/1990. Para tanto, reafirma a Defesa a inarredável necessidade de manifestação para as diligências finais, sobretudo porque colacionada aos autos prova emprestada concernente à oitiva de José Wilson Torres de Sousa, testemunha que afirmara ter prestado falso depoimento perante o Tribunal do Júri no caso em apreço.

Todavia, ao apreciar a legalidade da prova emprestada colacionada aos autos, o Colegiado Estadual deliberou que “no caso vertente, não foi

RHC 120356 / DF

propiciado ao réu, pelo menos com base nas informações extraídas do aludido termo de declarações, o direito ao contraditório, o que afeta a possibilidade de sua utilização neste processo”, para então concluir que “a prova empresta não pode ser utilizada neste processo”.

Ao contrário da tese esgrimida, não há falar em cerceamento do direito de defesa dada a impossibilidade de manifestação sobre o depoimento prestado por José Wilson Torres de Sousa, uma vez sequer admitida a referida prova no juízo condenatório.

Sem a demonstração de efetivo dano à defesa do Recorrente, incide o princípio maior que rege o tema, segundo o qual sem prejuízo não se reconhece a nulidade, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.

Acolheu, ainda, o legislador processual penal de forma expressa o princípio de conservação, que se traduz no não reconhecimento da nulidade, ausente prejuízo, ainda que existente vício. É o que revela a redação do art. 566: *“Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”*. Lê-se na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, item XVII que *“não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade”*.

Portanto, à míngua de comprovação de prejuízo à Defesa, não vislumbro qualquer irregularidade na ratificação, pelo Tribunal de Justiça, dos atos processuais praticados no juízo de primeiro grau de jurisdição, tampouco no indeferimento da intimação para fins do art. 10 da Lei 8.068/1990.

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

É como voto.

01/04/2014

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 120.356 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - O meu voto é no sentido da negativa de provimento ao recurso. Entendo que a decisão do STJ está adequada à minha compreensão quanto ao tema.

Especificamente, quanto à ausência de prejuízo, este decorreria da juntada – mas o argumento nem foi novamente trazido da tribuna - de um depoimento do corréu, em que demonstrado que ele teria faltado com a verdade. Digo que, quando o Tribunal de Justiça - fui ler o acórdão, preocupada com esse aspecto pelo eventual prejuízo -desconsiderou essa prova, assim se manifestou " (...) este depoimento, esta prova não pode ser considerada porque dela não teve vista a parte contrária."

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Ministra, é estreme de dúvidas que a fase do artigo 10 não foi observada.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Não, não foi observada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – O prejuízo está certificado em documento público, que é o acórdão condenatório.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - No meu ponto de vista, o prejuízo não se afere pelo resultado – no caso pela condenação -, e sim pela possibilidade de se chegar a uma posição diferente, o que no caso só ocorreria se o Tribunal de Justiça tivesse considerado a prova emprestada. Ocorre que ele, expressamente - posso ler a Vossas Excelências -, afastou tal depoimento e consignou: " (...) esta prova não pode ser considerada (...)" . Acredito que, até por isso, o

RHC 120356 / DF

eminente Procurador não invocou esse detalhe da tribuna.

O processo esteve perdido desde 2000 até 2007. Para mim, isso é algo inimaginável.

Mas, de qualquer sorte, com todo o respeito, e com relação à questão do recurso de ofício, trazida, da tribuna, confesso que gostaria de refletir melhor a respeito. O Direito Penal e o Processo Penal, para mim não foram, ao longo desses trinta e cinco anos de magistratura, o meu dia a dia. Estão sendo nesses últimos dois anos e dois meses. Eu e o Ministro Luís Roberto temos conversado sobre isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Embora originário do mesmo Tribunal, não posso dizer a mesma coisa, porque já estou aqui há vinte e três anos.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Mas, de qualquer sorte, comungo dessa compreensão manifestada pelo eminente Sub-procurador. Também conheço o magistério de Buzaid quanto a ser “recurso de ofício” - digamos assim - quase uma expressão atécnica. Na verdade, teríamos decisões sujeitas ao duplo grau de jurisdição que, enquanto não confirmadas pela instância *ad quem*, ou não teriam validade - aí, o plano da validade - ou não produziriam efeitos, já no campo da eficácia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Por isso, o Código Buzaid, que é o Código de Processo Civil, resultante do Anteprojeto Buzaid, de 1973, passou a utilizar a expressão "remessa obrigatória".

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Exato. Remessa obrigatória, e não recurso de ofício.

Então, por essa linha, não teríamos, com todo o respeito, como acolher, via concessão de ordem de ofício, o que se busca. O meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso, forte, inclusive, no artigo 563

RHC 120356 / DF

do Código de Processo Penal quando prevê que não há nulidade sem prejuízo.

Senhor Presidente, nego provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*. É como voto.

01/04/2014

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 120.356 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu, em primeiro lugar, louvo a sustentação, o empenho e a argumentação engenhosa do ilustre Advogado, da tribuna.

E eu estou me alinhando, Presidente, no tocante ao rito da Lei 8.038, à posição da Ministra Rosa Weber, divergindo, respeitosamente, de Vossa Excelência, na linha do parecer do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Ainda não votei!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, Vossa Excelência se manifestou, disse: para mim, o prejuízo está na simples existência do acórdão condenatório.

Porque eu acho que o prejuízo dependeria de uma mínima invocação de que algum argumento ou alguma prova não pode ser utilizada. E não foi isso que aconteceu. De modo que o aspecto puramente formal, sem a apresentação de um elemento que pudesse me convencer para além da motivação puramente formal de que houve prejuízo, não me parece suficiente.

De modo que, nessa parte, eu acompanho a eminente Relatora.

O argumento que me impressionou verdadeiramente foi a questão do recurso de ofício. Esse argumento me impressionou, porque, pela cronologia, uma absolvição sumária em 1998; depois, vem um recurso de ofício em 2000 - portanto, certamente, a destempo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) – Permita-me?

RHC 120356 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Claro, com muito prazer.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - É porque ela não produziria efeito. Se sujeita ao duplo grau de jurisdição, ela não produziria efeito. Foi por isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Certo. E, quando o recurso é finalmente julgado, ele não existia mais no ordenamento jurídico, porque já não se exigia. Esse argumento me impressionou, porém, eu não - tal como Vossa Excelência - acho que esse argumento não pode ser discutido aqui, primeiro, porque não temos os elementos probatórios; e, segundo, porque isso não foi apreciado pelo STJ.

De modo que, se este argumento for comprovável, eu acho que ele tem uma relevância que até pode fazer a questão voltar aqui, mas não pode começar por aqui essa discussão.

De modo que, também considerando que não há prejuízo objetivo demonstrado, ainda que se pudesse invocar a aplicação do artigo 10, o que eu igualmente teria dúvida, eu estou acompanhando a eminente Relatora para negar provimento ao recurso ordinário.

É como voto, Presidente.

01/04/2014

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 120.356 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Turma, ilustre Representante do Ministério Público, Senhor Advogado que assomou à tribuna, Senhores Advogados e Estudantes presentes.

Senhor Presidente, vou começar pela ordem que foi proposta pela Ministra Rosa Weber e pelo Ministro Barroso sobre a questão do prejuízo.

Eu queria, em primeiro lugar, destacar esse aspecto, quer dizer, o fato de ser condenado, por si só, não é o prejuízo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, mesmo que haja sentença condenatória, se anteriormente a ela foram conferidas todas as etapas, que caracteriza o devido processo legal, a sentença condenatória, por si só, não é o prejuízo; o prejuízo é a supressão de etapas que antecedem a sentença condenatória. E aqui a condenação foi antecedida do cumprimento de todas as etapas necessárias. E por quê? E aí eu tenho interesse em enfrentar essa questão que o Advogado traz, pela vez primeira, de maneira muito elegante, da tribuna, sobre o problema do recurso de ofício.

Eu leio em Carnelutti e Chiovenda, e em Carlos Maximiliano, que a lei que regula o recurso cabível é a lei da época do veredicto. Ou seja, a lei do recurso é a lei da sentença, porque a sentença desfavorável traz uma lesividade, então, é a partir desse momento que a parte tem o direito ao recurso cabível, nesse determinado instante em que a decisão lhe trouxe uma situação de lesividade e lhe carregou o ônus de afastar essa desvantagem. Ora, na época em que a sentença foi proferida, era obrigatório e existente o recurso de ofício. Então esse recurso é mais do que adaptável.

E mais ainda. Nessa época, eu perguntei, como parlamentar, mas, na verdade era prefeito; em 1988, não era prefeito; então, não fazia jus. Prefeito ou vereador?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - 2005.

RHC 120356 / DF

Prefeito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na data da sentença absolutória? Da sentença?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - A sentença data de 1998.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ele tinha foro privilegiado?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Não. Foro privilegiado a partir do final de 2004, quando diplomado prefeito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então é isso o que eu estou dizendo. Então, na data da sentença, havia o recurso de ofício; na data da sentença, havia um órgão competente; e foi sob esse duplo enfoque que ele foi julgado. Ora, ele foi julgado por órgão competente, foi utilizado recurso cabível à época, segundo a máxima que eu acabei de ler, que é traduzida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como **tempus regit actum**, e eu também não verifico nenhum prejuízo sob o enfoque da nossa jurisprudência, que é exatamente o de entender que só há prejuízo se a sentença condenatória advém sem que antes tenham sido cumpridas as etapas subsequentes.

Sem prejuízo, o Superior Tribunal de Justiça até que fixou aqui uma doutrina do caso julgado muito interessante de eu assentar: que, se há a competência ou vício originário, anula-se o processo. Se a competência **ratione personae** surge supervenientemente, o que se impõe é a ratificação dos atos, e não a nulificação. Essa é uma doutrina claríssima e, no meu modo de ver, extremamente exata.

Então, apesar de belissimamente sustentada a causa, sob nenhum enfoque eu entendo que, **data maxima venia**, a defesa tenha razão, inclusive, com todas as vênias, sob o ângulo de que o princípio do prejuízo não é utilizado na França. O Código francês modificado em 1975, eles tinham uma ordenação anterior, volta com esse princípio de que não há nulidade sem prejuízo e aplica-se analogicamente ao processo penal, também. De sorte que eu, manifestando o meu desacordo, de forma elegante por tudo que foi aqui sustentado, também acompanho a ilustre Relatora.

01/04/2014

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 120.356 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – As formalidades previstas na legislação penal, no tocante ao exercício do direito de defesa, são essenciais à valia dos atos a serem praticados. No caso, o maior deles é o alusivo ao julgamento do processo-crime.

Passou por esta cadeira um grande Juiz, apaixonado pelo Direito Penal. Refiro-me a José Paulo Sepúlveda Pertence. Sua Excelência sempre dizia – já não vou nem mais ao acórdão condenatório porque a óptica já foi excomungada – que, no tocante às previsões alusivas ao direito de defesa, a inobservância gera, por si só, a conclusão sobre o prejuízo que assim seria ínsito.

O que nos vem em bom vernáculo, em bom português, da Lei nº 8.038, de 1990? Nos vem que, concluída a inquirição de testemunhas, serão intimadas a acusação e a defesa para, no prazo de cinco dias, requererem diligências.

O recorrente foi absolvido, sumariamente, quando da prolação da sentença de pronúncia. E foi absolvido por órgão competente, porquanto, àquela altura, não detinha a prerrogativa de ser julgado pelo Tribunal de Justiça. Houve a necessidade de observância – não falo em recurso, porque também não enquadro, em que pese a redação primitiva do artigo 411 do Código de Processo Penal, esse ato como recurso, já que o órgão julgador é equidistante, não tem interesse na causa –, para a eficácia dessa sentença absolutória, da remessa obrigatória. Então, pouco importa a passagem do tempo, com o processo no escaninho, até a remessa ao Tribunal de Justiça. Enquanto não ocorrida, enquanto não submetido o contexto decisório ao Tribunal, não se tem a concretude maior da sentença absolutória.

Mas, no tocante à Lei nº 8.038/90, ao preceito imperativo do artigo 10, incumbia ao Tribunal de Justiça, uma vez assentada a respectiva competência, observar esse artigo e abrir oportunidade para que a acusação – também a acusação – e a defesa requeressem o que de direito.

RHC 120356 / DF

Não sei se o Tribunal exerceu o crivo em dois tempos ou em único: se, inicialmente, declarou insubsistente a decisão absolutória, ou se, a um só tempo, a proclamou insubsistente e impôs a condenação.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Não, não, em dois tempos bem distintos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Bem distintos?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (RELATORA) - Bem distintos, dois julgamentos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Então, quando declarou insubsistente a decisão do Juízo, retornou-se ao estágio anterior. Incumbia ao Tribunal de Justiça dar aplicação ao disposto na Lei 8.038. O rito passou a ser o especial, e não foi observado. Indago: é possível dizer que não teria ocorrido prejuízo para a defesa? A meu ver, por duas razões, não. Em primeiro lugar, com a inobservância de regra que visa implementar o devido processo legal, ficando inviabilizada a defesa, tem-se o prejuízo implícito para o acusado. Em segundo lugar, hoje, esse mesmo acusado tem documento público, que é o acórdão condenatório, a estampar o prejuízo.

Por isso, peço vênua à relatora e, também, aos colegas que a acompanharam para prover, nessa parte – e é a parte única do recurso interposto –, o ordinário, não me animando, no tocante à outra, ao implemento da ordem de ofício. A sentença absolutória não chegou a precluir.

É como voto.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 120.356

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

RECTE.(S) : FRANCISCO BERNARDONE DA COSTA VALE

ADV.(A/S) : TIAGO VALE DE ALMEIDA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma, por indicação da relatora, adiou o julgamento do processo. Unânime. Não participaram, justificadamente, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 18.3.2014.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Falaram: o Dr. Helder Câmara, pelo recorrente, e o Dr. Odim Brandão Ferreira, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Primeira Turma, 1º.4.2014.

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

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma