HABEAS CORPUS Nº 493.578 - SP (2019/0043697-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	RUY CARDOZO DE MELLO TUCUNDUVA SOBRINHO
ADVOGADO	:	RUY CARDOZO DE MELLO TUCUNDUVA SOBRINHO - SP163339
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEXANDRE AUGUSTO DA CRUZ FELICIANO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE AUGUSTO DA CRUZ FELICIANO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,** na apelação criminal n. 0257866-65.2012.8.26.0000.

Narra o impetrante que o paciente, detentor de foro por prerrogativa de função, foi processado perante o Órgão Especial do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo e, no dia designado para o julgamento, solicitou a realização de sustentação oral, o que restou deferido em 22/6/2016.

Informa, que, por não ter sido encerrado o julgamento com coleta integral de votos, em 29/6/2016 apresentou requerimento para renovação de sustentação oral, em razão da alteração de composição do colegiado

Afirma que em 3/8/2016 o pedido de sustentação oral foi indeferido, por unanimidade, pelos julgadores que então compuseram o colegiado. Menciona que *" houve desembargadores que ouviram a sustentação e que não foram convocados para a continuação do julgamento"* e que *"a participação de julgadores com voto do julgamento do mérito, e sem participar da sustentação oral foi certificada pelo próprio Tribunal de Justiça."* (fls. 5-6).

Daí o presente **writ**, no qual a Defesa aduz que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois *"houve a participação no julgamento de quatro desembargadores, quase um quinto do colegiado, que não estavam presentes quando da realização da sustentação oral, e a defesa a tempo e hora fez requerimento de conhecimento inequívoco dos doutos julgadores que – expressamente e por unanimidade indeferiram o pleito"* (fl. 7).

Requer, ao final, o deferimento do pedido liminar para sobrestar a ação penal até o julgamento do mérito do presente **writ**.

No mérito pede a concessão da ordem para trancar a ação penal, e *"Subsidiariamente a determinação de proclamação da nulidade do julgamento proferido pelo Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo em 3 de agosto de 2016 e de todos os atos subsequentes, devendo ser determinada a realização de sustentação oral, que deverá ser presenciada por cada um dos que comporão o colegiado como condição sine qua non para participação no julgamento com voto e, só então a retomada da marcha processual."* (fl. 15).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 48-50).

Informações às fls. 55-169.

O Ministério Público Federal oficiou pela denegação da ordem, nos termos do parecer de fls. 171-175, assim ementado:

> *1. Habeas Corpus . Direito Penal. Crimes contra a fé pública.*
> *2. Falsificação de Documento Público. Trancamento e nulidade da ação penal. Precedentes no STJ.*
> *3. Parecer pela denegação da ordem pretendida.*

É o relatório.

Decido.

A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor

para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Para delimitar a *quaestio*, insta consignar, em síntese, as alegações defensivas acerca do eventual prejuízo trazido ao paciente relativo à nulidade aventada (fls. 8 e 9):

"(...)

Diante disto houve superveniência de nulidade no julgamento realizado pelo Colendo órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, vez que a sustentação oral é direito subjetivo e tanto o devido processo legal quanto o princípio do juiz natural são cláusulas petrificadas em nosso ordenamento jurídico constitucional; não há como superar a falta de sustentação oral; causa de maneira objetiva dano à amplitude de defesa do PETICIONÁRIO que se viu tolhido de praticar o ato que lhe é garantido pela Lei e pela lei e que explicitamente havia manifestado interesse em realizar, apenas para que que todos os julgadores tivessem acesso aos seus argumentos; a defesa seria redundante em relação aos doutos magistrados que já haviam presenciado suas razões externadas da tribuna, é provável que sim; porém tolher que os demais julgadores – um quinto deles, repisamos – a elas tenham acesso e ainda assim julguem é insustentável sob o ponto de vista do ordenamento jurídico pátrio. Não há como solucionar o imbróglio, não pela defesa causado, sem que haja – no mínimo – realização de novo julgamento no qual todos os distintos e insignes juízes tenham acesso aos argumentos da defesa, presencialmente no caso de sustentação oral.

É despiciendo dizer que os desembargadores que não ouviram a sustentação e votaram, tornaram o julgamento eivado de nulidade insanável e, portanto, teratológico; cuja correção só pode se dar pela realização de novo julgamento.

(...)"

Verifica-se dos argumentos acima descritos, bem como de uma percuciente análise dos autos, que não restou comprovado o alegado cerceamento de defesa do paciente, na medida em que a Defesa não se

desincumbiu de demonstrar, concretamente, de que forma a ausência de renovação da sustentação oral pleiteada na origem modificaria o resultado do julgamento em favor do acusado.

Ora, como é sabido, a comprovação do prejuízo é elemento essencial para o reconhecimento de ilegalidade, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal - **pas de nullitte sans grief**, consoante sedimentado por meio do enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. ARTIGO 317 DO CÓDIGO PENAL. PLEITO PELA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AMBIENTAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. NÃO COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. PEÇA INFORMATIVA. CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nos autos do RE 625.263, foi reconhecida a repercussão geral da matéria quanto à constitucionalidade de sucessivas prorrogações de interceptação telefônica, tendo esta Corte inúmeros precedentes admitindo essa possibilidade (HC 120.027, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 18/2/2016; HC 120.027, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 24/11/2015; HC 106.225, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator p/ acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22/3/2012) 2. In casu, o paciente foi denunciado pelo delito tipificado no artigo 317 do Código Penal, como resultado da denominada "Operação Termópilas", realizada pelo Ministério Público em conjunto com a Polícia Federal, pela qual verificou-se que houve recebimento de vantagem financeira pelo paciente, dentre outros acusados, a fim de favorecer a contratação de empresa(s) que fornece(m) medicamentos sem o devido procedimento licitatório. 3. O princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. 4. O*

habeas corpus é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático probatório engendrado nos autos. 5. Agravo regimental desprovido" (RHC 132.111/ AgR, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe 13/6/2017) .

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ.

A inexistência de pronunciamento da Corte recorrida sobre as matérias trazidas no recurso especial impossibilita a sua análise diretamente por este Tribunal Superior, ante a manifesta ausência de prequestionamento, incidindo o óbice previsto no Enunciado nº 211 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

DESCRIÇÃO SUFICIENTE DA CONDUTA CRIMINOSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. INÉPCIA SUPERADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. LEGALIDADE. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. NULIDADE RELATIVA. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AÇÃO CONTROLADA. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA N.7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÕES ANTERIORES. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. EXASPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Não é inepta a peça acusatória que descreve suficientemente a suposta conduta criminosa e as suas circunstâncias, permitindo ao denunciado o amplo exercício do direito de defesa.

2. Com a superveniência do édito condenatório, não há mais que se falar em inépcia da denúncia, eis que foi permitida ao insurgente a oportunidade de se defender das acusações ao longo do processo de instrução, estando superada a referida alegação.

3. É lícita a interceptação telefônica, assim como a sua eventual prorrogação, desde que devidamente fundamentada em decisão judicial, quando preenchidos os requisitos autorizadores da medida, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.296/96.

4. Afigura-se desnecessária a transcrição integral do conteúdo da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, bastando que se confira às partes acesso aos

diálogos interceptados.

5. Eventual irregularidade nas interceptações telefônicas configura nulidade relativa, a qual não prescinde da alegação oportuna e comprovação de eventual prejuízo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, tendo em vista a máxima do "pas de nullité sans grief".

[...]

9. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp 1.496.003/RS, **Quinta Turma** Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 10/5/2017).

Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que eventuais nulidades processuais devem ser arguidas na primeira oportunidade que a parte tiver de se manifestar nos autos, o que não ocorreu **in casu**, porquanto a Defesa não apresentou a questão nos embargos declaratórios opostos em face do acórdão ora vergastado, assim como nada suscitou no recurso especial interposto e que foi inadmitido na origem.

Exemplificativamente:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. DIREITO DE PRESENÇA. AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO RÉU. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRESENÇA DA DEFESA TÉCNICA. AMPLA DEFESA GARANTIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O direito de presença aos atos processuais não é indisponível e irrenunciável, de modo que o não comparecimento do acusado em audiência de oitiva de testemunhas não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a arguição no momento oportuno e a comprovação do prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP - pas de nullitte sans grief -.

III - Na espécie, verifica-se que a audiência foi

acompanhada pela Defesa do paciente, que concordou com a realização do ato e não arguiu a nulidade na próxima oportunidade em que se manifestou nos autos, tampouco comprovando o prejuízo nesta seara.

Habeas corpus não conhecido." (HC 340.521/SP, **Quinta Turma**, **de minha relatoria**, DJe 13/11/2017, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 479 DO CPP. EFETIVO PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. ***A jurisprudência deste Sodalício firmou-se no sentido de que eventuais nulidades processuais devem ser arguidas na primeira oportunidade que a parte tiver de se manifestar nos autos,*** *bem como deve ser comprovada a ocorrência de efetivos prejuízos, de acordo com o princípio pas de nullité sans grief.*

2. Tendo sido assentado, pela Corte a quo, a inexistência de prejuízos para a defesa, não há que se falar em nulidade processual pela não observância do disposto no art. 479 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ e do STF.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1594256/MT, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 13/11/2017, grifei)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA COM DESIGNAÇÃO DE DATA PARA A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO ANTES DO OFERECIMENTO DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DESPACHO QUE CONDICIONA O PROSSEGUIMENTO DO FEITO À NÃO REJEIÇÃO DA DENÚNCIA APÓS A ANÁLISE DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO DE QUALQUER PRELIMINAR QUE PUDESSE ENSEJAR NA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. DEFESA NÃO SE MANIFESTOU QUANTO ÀS NULIDADES NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE. PRECLUSÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 396 do Código de Processo Penal, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. O

art. 399 do CPP, por sua vez, prevê que: Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. Assim, inexiste determinação legal para que a data da audiência de instrução seja designada somente após o oferecimento da resposta à acusação, mormente quando referida designação não subverte a ordem processual, mas apenas consagra o princípio da duração razoável do processo, visando a celeridade processual, como é o caso dos autos. In casu, a designação de data para a realização da audiência de instrução não acarretou qualquer mácula processual, tendo em vista que o Magistrado condicionou sua realização à não rejeição da denúncia após a análise da resposta à acusação. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que a decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo por aplicação do princípio do pas de nullité sans grief. Sendo assim, não há falar em constrangimento ilegal por violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, ante a alegada ausência de apreciação da tese de absolvição sumária, por dois motivos: primeiro porque a resposta à acusação foi analisada antes da realização da audiência de instrução; segundo porque a defesa sequer arguiu qualquer preliminar capaz de ensejar a absolvição sumária quando do oferecimento da resposta.

2. Ademais, a nulidade apontada pela defesa também está sujeita à incidência do instituto da preclusão. Conforme consta dos autos, a nulidade somente foi apontada durante as alegações finais orais apresentadas pelo defensor público durante a audiência de instrução e julgamento, silenciando-se quanto ao ponto no início da instrução, motivo pelo qual, como bem apontado pelo Tribunal de origem, operou-se o instituto da preclusão.

Recurso desprovido." (RHC 47.853/BA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 28/08/2017, grifei)

"RECURSO ESPECIAL. CRIME MILITAR. CORRUPÇÃO PASSIVA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. APROVEITAMENTO DAS PROVAS COLHIDAS PELO JUÍZO INCOMPETENTE. AUSÊNCIA DE REVALIDAÇÃO POR TERMO NOS AUTOS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DEGRAVAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. TRANSCRIÇÕES ENTREMEADAS POR COMENTÁRIOS APÓCRIFOS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA.

REQUERIMENTO DA DEFESA NÃO ACOLHIDO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU. REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVANTE DO ART. 70, II, "L", DO CPM. AFASTAMENTO. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. REGIME MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

1. O advogado do réu, apesar de haver feito consignar, na ata da audiência de interrogatório (primeiro ato praticado pelo Juízo competente depois de receber a denúncia pela suposta prática de crime militar), que fora anulada a sentença anteriormente proferida por incompetência da Justiça estadual, nada requereu na oportunidade, tampouco pugnou pela repetição dos depoimentos colhidos perante o Juízo posteriormente considerado incompetente.

2. Não está evidenciado o prejuízo suportado pelo réu no caso, pois tanto o Ministério Público quanto a defesa arrolaram testemunhas, as quais foram ouvidas perante o Juízo competente ou os Juízos deprecados, quando residentes em outra Comarca. Da mesma forma, o ora recorrente foi devidamente interrogado pelo Juízo da Auditoria Militar do Estado do Rio de Janeiro.

3. Quanto à alegação de que não foi realizada formalidade essencial do processo, consistente na confecção de termo, pelo Juízo competente, revalidando os atos produzidos em momento anterior, percebo, assim como destacaram as instâncias antecedentes, que a ***defesa não se manifestou na primeira oportunidade que teve de falar aos autos, tampouco ficou evidenciado prejuízo suportado pelo acusado.***

[...]

6. ***No que atine ao suposto cerceamento de defesa, o acórdão recorrido é firme ao demonstrar que a matéria não foi suscitada no momento oportuno*** *pela defesa e que não houve prejuízo ao réu, pois a ficha disciplinar e de assentamentos do recorrente poderia ser obtida diretamente pelo acusado e juntada aos autos mediante petição de seu advogado, o que não foi feito, e nem sequer foi postulada a aplicação da referida atenuante em alegações finais.*

[...]

13. Recurso provido em parte a fim de afastar a incidência da agravante prevista no art. 70, II, "l", do Código Penal Militar e, por conseguinte, readequar a pena imposta ao réu, tornando-a definitiva em 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Determinado o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para imediata execução da pena imposta." (REsp

1422045/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe 24/08/2017)

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. PRECLUSÃO TEMPORAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. DECISÃO ANTERIOR DEFINITIVAMENTE JULGADA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PARTE DO ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME. SÚMULA 207/STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. IMPRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E DE DANO AO ERÁRIO. PRECEDENTES DO STJ. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.*
>
> ***1. A nulidade por ausência de intimação do advogado constituído para a sessão de julgamento deve ser alegada na primeira oportunidade.***
>
> ***2. Sendo arguida nulidade no julgamento do recurso em sentido estrito apenas quando das razões de apelação, tem-se como consumada a preclusão temporal.***
>
> *[...]*
>
> *8. Agravo regimental improvido e habeas corpus concedido de ofício para, reconhecendo a atipicidade da conduta em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, absolver o recorrente, com fundamento no art. 386, III, do CPP."* (AgInt no REsp 1582669/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 07/04/2017)

Não tendo sido arguída qualquer ilegalidade na primeira oportunidade em que a Defesa se manifestou nos autos e tampouco comprovado prejuízo, inviável declarar a nulidade ora pugnada, devendo manter-se hígido o aresto combatido em todos os seus fundamentos.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

P. I.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro **Felix Fischer**

Ministro