RECURSO ESPECIAL Nº 1.771.460 - CE (2018/0265448-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : FRANCISCO JOSE DE SOUSA
ADVOGADO : SHARLYS MICHAEL DE SOUSA LIMA AGUIAR - CE020870B
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 564, III, *C*, DO CPP. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE ABSOLUTA. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE DEMONSTROU AUSÊNCIA DE PREJUÍZO OU DE CERCEAMENTO DE DEFESA NA AUDIÊNCIA PRELIMINAR. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. DEMAIS AUDIÊNCIAS REFERIDAS PELO RECORRENTE. CARÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA NÃO DEBATIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ÓBICE DA SÚMULA 356/STF.
Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **Francisco José de Sousa**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local proferido na Apelação Criminal n. 0000382-25.2002.8.06.0084 (fls. 218/228).

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS. PROVA CONSISTENTE E VÁLIDA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE LESÃO CORPORAL. ART. 129, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. DESCABIMENTO. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.
>
> 1. Conjunto probatório consistente nos depoimentos das vítimas e testemunhas, categóricos em afirmar serem os acusados, autores do crime. Sentença de primeiro grau mantida.
> 2. A palavra da vítima, quando relata de forma segura os fatos, sobrepõe-se à negativa de autoria, em especial quando corroborada pelo depoimento de testemunhas.
> 3. Restando comprovado que os acusados, mediante violência física e ameaça, subtraíram coisa alheia móvel de uma das vítimas, mostra-se correta a condenação pela prática do delito de roubo.
> 4. Recursos apelatórios conhecidos e improvidos.

No presente recurso, é indicada a violação do art. 564, III, *c*, do Código de Processo Penal.

É exposto que *o recorrente no decorrer do processo, sofreu por cerceamento de defesa, motivo esse já alegado em várias oportunidades, mas nunca apreciado pelo juízo de primeiro grau, conforme fls. 101/103 e fls. 113/118.* [...] *Conforme já exposto pela defensora pública naquela oportunidade, na primeira audiência realizada, fls. 58/59, o apelante estava desacompanhado de advogado, nem mesmo fora nomeado algum para o ato.* [...] *Ademais, na audiência do dia 18 de março de 2004, fls. 82/84, mais uma vez o apelante fora desacompanhado de advogado, nem mesmo fora nomeado para o ato um defensor ad hoc, o que veio a ocorrer também na audiência realizada no dia 19 de abril de 2006, fls. 90/91.* [...] *Aliás nobre julgadores, audiência essa muito estranha, pois no termo indica que o advogado do apelante dispensou a testemunha faltosa de defesa, e ao final não assinou o termo da audiência nem o termo de depoimento da testemunha Maria de Fátima Carvalho.* [...] *Conforme narrado acima e provado nos autos, há nulidade absoluta nos atos praticados sem a presença de advogado junto ao apelante, motivo pelo qual os atos devem ser refeitos, sob pena de violação do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório* (fls. 235/236).

Pede o conhecimento e provimento do recurso, para que seja reconhecida *a nulidade absoluta do processo a partir da audiência de instrução na qual o recorrente fora desacompanhado de defensor com a consequente anulação da sentença e do acórdão* (fl. 237).

Oferecidas contrarrazões (fls. 247/253), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 255/257).

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento e desprovimento da insurgência (fls. 268/269).

É o relatório.

Assim dispôs a Corte cearense, ao apreciar a preliminar de cerceamento de defesa (fls. 225/226 – grifo nosso):

> [...] coaduno com o posicionamento da douta Procuradoria de Justiça (fls. 205/206), quando se manifesta pelo afastamento da preliminar suscitada. Senão vejamos:
>
> "Às fls. 55, encontram-se encartadas audiência preliminar, realizada no dia 24 de julho de 2002, na presença do representante do Ministério Público, dos acusados Francisco Sousa e Francisco José de Sousa, bem como das vítimas Antônio Marcos Moreno de Oliveira e Luís Paulo Avelino. Ausente, portanto, advogado de defesa ou qualquer nomeação de defensor *ad hoc*.
>
> **Naquele encontro, não houve nenhuma colheita de depoimentos, tão somente a magistrada proferiu o presente despacho: *'Compulsando os autos inquisitório, verifica-se pelas declarações das vítimas e pelos depoimentos testemunhais que há indícios da existência do crime tipificado no artigo 157, § 2º, incisos I e II do CPB, infração de grande potencial ofensivo. Com efeito, abra-se nova vista dos autos ao Ministério Público para que verifique a correta capitulação do fato ilícito no inquérito policial'*.**
>
> Ora Excelências, **naquela audiência preliminar não houve nenhum contraditório que pudesse trazer aos autos qualquer prejuízo e/ou cerceamento de defesa capaz de viciar o feito**.
>
> […]
>
> No processo penal, **vigora o princípio *pas de nullité sans grief*, de que somente se proclama a nulidade de um ato quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal** […].
>
> De fato, a magistrada não deveria ter realizado audiência preliminar, sem a presença de defesa técnica garantida constitucionalmente aos acusados em processo criminal. **Todavia, essa 'audiência' não caracterizou prejuízo a defesa capaz de gerar uma nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu', o que não foi o caso**.".
>
> Desta feita, com amparo no art. 563, do CPP, e tomando por base o bem arrazoado Parecer ministerial afasto a preliminar suscitada pelos recorrentes.
>
> [...]

Verifica-se que, a despeito da reconhecida realização de audiência preliminar, sem a presença de defesa técnica, o Tribunal de origem houve por bem não considerar caracterizado efetivo prejuízo à defesa, capaz de gerar nulidade absoluta, notadamente por não ter havido prova de efetivo prejuízo para o recorrente.

Dessa forma, tem-se que ***segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, a vigência no campo das nulidades do princípio pas de nullité sans grief impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atinge a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, o que não ocorreu no caso*** (HC n. 462.160/RJ, Ministro Ribeiro

Dantas, Quinta Turma, DJe 13/11/2018 – grifo nosso).

A corroborar:

> PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PROVAS REMANESCENTES VÁLIDAS. APROVEITAMENTO DO INTERROGATÓRIO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.
>
> 1. É possível a utilização do conteúdo obtido em ação penal diversa daquela em que a prova foi colhida, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa, em homenagem aos princípios constitucionais da economia processual e da unidade da jurisdição.
>
> 2. Da análise dos autos, verifica-se que a decisão proferida por essa Corte Superior, nos autos do HC n. 150.938/SP, reconheceu a inépcia da denúncia em relação ao paciente, mas não anulou todo o conjunto probatório da Ação Penal n. 0002048-82.2006.403.6116. Desse modo, as provas remanescentes permaneceram válidas, e, por serem comuns aos acusados, foram aproveitadas para instrução do Processo n. 0001400-29.2011.403.6116.
>
> 3. **De acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do Código de Processo Penal**.
>
> 4. No caso, todo o conjunto probatório foi produzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Logo, não há que se falar em nulidade, seja absoluta ou relativa, uma vez que não houve a efetiva comprovação de prejuízo.
>
> 5. Ordem denegada.
>
> (HC n. 429.097/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 16/4/2018 – grifo nosso).

Outrossim, o Tribunal de origem não se manifestou acerca das demais audiências referidas no recurso especial – p*rimeira audiência realizada, fls. 58/59; audiência do dia 18 de março de 2004, fls. 82/84, audiência realizada no dia 19 de abril de 2006, fls. 90/91 – b*em como não foi instado a suprir tal omissão por meio da oposição de embargos de declaração, fazendo incidir, no ponto, o óbice da Súmula 356/STF, diante da evidente carência de prequestionamento.

A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE LEVANTAMENTO DE TESES DEFENSIVAS. DESCLASSIFICAÇÃO E VIOLENTA EMOÇÃO.

CISÃO DA DEFESA DOS RÉUS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DISPENSA INDEVIDA DE TESTEMUNHAS E EXIGUIDADE DO TEMPO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. DISCUSSÃO NÃO SUBMETIDA AO TRIBUNAL DE ORIGEM. **FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356/STF**.

1. Os agravantes afirmam a nulidade das condenações proclamadas nesta ação penal, sob o argumento de que estiveram indefesos perante a instância ordinária, pois o advogado que os representavam não propôs aos jurados a desclassificação do crime - para rixa com resultado morte -, o reconhecimento do privilégio do § 1º do art. 121 do CP, nem pleiteou a cisão da defesa.

2. A aferição da viabilidade técnica das teses não ventiladas pela defesa constituída pelos agravantes, à época da sessão plenária do Júri, exigiria reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que, em sede de recurso especial, é medida vedada pelo óbice da Súmula 7/STJ.

3. No que se refere às dispensas de testemunhas e à exiguidade do tempo utilizado pelo causídico durante a sessão plenária do Júri, cumpre observar a ausência de prequestionamento dos temas junto ao Tribunal a quo. **Nestes pontos, incide, por analogia, o óbice da Súmula 356/STF, segundo a qual, o ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento**.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 299.377/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 31/8/2016 – grifo nosso).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, **conheço parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **nego**-lhe **provimento**.

Publique-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator