

HABEAS CORPUS Nº 554.769 - SC (2019/0385310-7)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : ELSON BORGES ARAUJO
ADVOGADO : ELSON BORGES ARAÚJO - SC037289
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : N J
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de N J contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado e condenado em primeira instância pela prática do crime de estupro de vulnerável majorado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU SOLTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO POR AVÔ CONTRA NETA "POR PELO MENOS 3 VEZES" (ART. 217-A, CAPUT, NA FORMA DO ART. 71, AMBOS DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA.

1. NULIDADE DO PROCESSO POR AFRONTA, EM TESE, AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. Por força do disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"; logo, em não se verificando qualquer prejudicialidade à defesa do agente, não há se falar em nulidade processual.

2. ABSOLVIÇÃO. Comprovadas, estreme de dúvidas, por meio das palavras da vítima e das provas testemunhal e técnica, a materialidade e a autoria do crime de estupro de vulnerável praticado por avô contra neta, a manutenção do decreto condenatório é medida que se impõe.

3. RETIFICAÇÃO INTEGRAL DA ETAPA DOSIMÉTRICA DA SENTENÇA. Mostra-se correta a sentença que, utilizando-se de fundamentação idônea e sem extrapolar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, fixa a pena-base em 1/6 além do mínimo legal em razão das circunstâncias e consequências do crime, bem como aplica, na terceira fase dosimétrica, a majorante das relações domésticas descrita no inc. II do art. 226 do Código Penal.

4. *POSSIBILIDADE DE PERMANECER RECORRENDO EM LIBERDADE. Com a determinação de execução provisória da pena, torna-se superada eventual prisão cautelar e, conseqüentemente, prejudicado o requerimento para que o agente permaneça recorrendo em liberdade.*

Precedentes desta Câmara.

RECURSO CONHECIDO E, AFASTADA A PRELIMINAR E PREJUDICADO O REQUERIMENTO PARA QUE O AGENTE PERMANEÇA RECORRENDO EM LIBERDADE, DESPROVIDO (fls. 479/495).

No presente *writ*, sustenta que o paciente está submetido a constrangimento ilegal diante da determinação de início de execução da pena antes do trânsito em julgado.

Alega a nulidade do processo desde a resposta à acusação em razão da juntada de documentos sem tempo hábil para a análise pela defesa.

Requer, assim, a concessão da ordem para anular o processo e colocar o paciente em liberdade.

Liminar deferida às fls. 50/506.

Informações prestadas às fls. 519/605.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, conforme parecer de fls. 607/612.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

O Plenário da Suprema Corte, ao concluir o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, modificou seu posicionamento, por 6 votos e 5, no sentido de não ser possível a execução da pena pelo simples esgotamento recursal perante as instâncias ordinárias. Retornou-se, assim, ao entendimento de que deve prevalecer a presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação, nos

termos da interpretação que deu à Suprema Corte ao artigo 283 do CPP em face do Art. 5º, LVII, da Constituição Federal – CF.

Considerando que a decisão da Suprema Corte, proferida em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade, tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, deve ser ela acatada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, modificando-se o posicionamento adotado nesta Corte Superior.

Ressaltou-se no julgado Suprema Corte, contudo, que a decisão não importava na soltura imediata de todos presos que ainda tivessem custodiados após o julgamento em segunda instância, porém sem que tivesse ocorrido o trânsito em julgado da condenação. Restou consignado que a situação de cada encarcerado deveria ser analisada caso a caso, podendo ser mantida naquelas hipóteses em que o acusado havia sido segregado no curso do processo diante da presença dos requisitos ensejadores da prisão cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP.

No caso em debate, o impetrante insurge-se contra o julgamento do recurso de apelação que manteve a condenação do paciente. Contra esse acórdão, foi interposto recurso especial, pendente de análise na origem..

A sentença condenatória assegurou o direito de apelar em liberdade. Foi determinada pelo Tribunal *a quo* a execução provisória da pena após o julgamento dos Embargos de Declaração.

Nessa ordem de idéias, entendo que deve ser concedida a ordem, de ofício, para assegurar ao paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade, resguardada a possibilidade de decretação da nova segregação antecipada com base em decisão devidamente fundamentada e tendo em vista os requisitos ensejadores da custódia cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, a aventada nulidade processual não deve ser reconhecida.

No ponto, o acórdão impugnado trouxe o seguinte:

1. Primeiramente, consigno que não há se falar em nulidade do processo por afronta, em tese, aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse íterim, valho-me dos judiciosos fundamentos exarados pelo excelentíssimo Procurador de Justiça Dr. Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese para iniciar minha linha de raciocínio:

"Preliminarmente, aponta-se nulidade do processo por ausência de intimação para 'aditamento da defesa prévia', após a juntada de novos documentos trazidos ao processo.

Entretanto, a despeito da ausência de intimação formal e imediata do apelante para a manifestação dos documentos acostados após a resposta à acusação, verifica-se que a defesa tomou ciência deles antes mesmo do início da audiência de instrução, razão pela qual não lhe foi tolhida a oportunidade de contraditar a prova incluída nos autos.

Nessa toada, 'não há falar em cerceamento de defesa por falta de oportunidade de manifestação sobre documentos quando [...] a defesa teve acesso à integralidade dessas provas por ocasião do oferecimento das alegações finais' (Apelação Criminal n. 2014.001054-7, de Tubarão, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 11/12/2014).

De toda sorte, em atenção ao brocardo *pas de nullité sans grief*, não se pronunciam nulidades sem a constatação de efetivo prejuízo, a teor dos artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal.

De rigor, portanto, o afastamento da tese preliminar" (fl. 374).

A estas razões nada seria necessário acrescentar, todavia, apenas para reforçá-las e não incorrer em odiosa ausência da fundamentação, registro que, a contrario sensu do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, não fora demonstrado qualquer prejuízo à defesa do apelante, que, diga-se de passagem, teve, a todo momento, vista dos autos e a possibilidade de contestar a documentação neles juntada.

Logo, afasto a preliminar aventada (fls. 489/490).

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*. No caso em análise, a defesa não logrou demonstrar qual o prejuízo experimentado em razão da antecipação da prova, restringindo-se a **sustentar a não intimação para aditar a defesa prévia.**

Destaque-se que o acórdão impugnado destacou que, ainda que não tivessem sido anteriormente juntados, os documentos em questão já eram de conhecimento da defesa.

Ademais, em que pese o esforço do impetrante, não restou demonstrado

em que consiste o prejuízo à atividade defensiva ou mesmo quais teses não foram deduzidas em defesa preliminar que não poderiam ser levadas à consideração do juiz em sede de alegações finais.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora.

2. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o contraditório pelo réu.

3. Na hipótese, a inicial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, ensejando o pleno exercício da defesa, porquanto descreve que o ora paciente, no dia 1º/11/2007, teria, por motivo fútil e mediante meio cruel, efetuado golpes de faca, produzindo na vítima, sua companheira, os ferimentos descritos no laudo necroscópico.

4. Com relação à antecipação probatória, o art. 366 do CPP dispõe que, "se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312". A Súmula 455 do STJ estabelece que "a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo".

5. No caso dos autos, o fato ocorreu em 20/4/2007. Por não ter sido encontrado, o Juízo de origem suspendeu o processo e o prazo prescricional. Dois anos após essa data, em 16/9/2009, momento em que o paciente ainda se encontrava foragido, foi deferida a produção antecipada de provas.

6. Nos termos do pacífico entendimento desta Corte Superior, o Processo Penal é regido pelo princípio do *pas de nullité sans grief*, por consectário, o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, exige a demonstração do prejuízo (CPP, art. 563), o que

não ocorreu na espécie.

7. *Habeas corpus não conhecido* (HC 169.125/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/11/2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 366 DO CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. RISCO REAL DE PERECIMENTO DA PROVA. FATO OCORRIDO EM 2009. PROVAS PRODUZIDAS EM 2015. ACUSADO ESTRANGEIRO, SEM VISTO PERMANENTE E RESIDÊNCIA NO PAÍS. PROCESSO AINDA SUSPENSO. 2. PROVAS PRODUZIDAS NA PRESENÇA DE DEFENSOR NOMEADO. POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO NA PRESENÇA DO RECORRENTE. EQUILÍBRIO ENTRE A BUSCA DA VERDADE REAL E O DIREITO À AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 3. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO.

1. A produção antecipada de provas é providência expressamente autorizada pelo art. 366 do Código de Processo Penal, em virtude da suspensão do processo. Porém, não é possível antecipar toda e qualquer produção probatória, mas apenas aquela considerada urgente, devendo a decisão ser concretamente fundamentada, nos termos do verbete n. 455 do Superior Tribunal de Justiça. No caso dos autos, verifico que o Magistrado de origem, após o decurso de mais de 5 (cinco) anos entre a data dos fatos e o momento da prolação da decisão autorizando a oitiva antecipada das testemunhas, consignou expressamente a urgência da prova testemunhal, não apenas em virtude do decurso do tempo, mas igualmente em razão de o acusado ser estrangeiro, sem visto permanente e residência no país. Ademais, o fato de o processo ainda não ter retomado seu curso normal revela de forma irrefutável a necessidade de preservação da prova.

2. Eventual nulidade no processo penal não prescinde da efetiva demonstração do prejuízo, o que não se verifica no caso dos autos.

Note-se que a produção antecipada de provas é realizada na presença de defensor nomeado, podendo, ademais, serem renovadas ou requeridas novas diligências no momento em que o acusado comparecer ao processo. Trata-se, portanto, de postura que melhor se coaduna com o moderno processo penal, pois privilegia a busca da verdade real, por meio da produção de provas antecipadas, bem como o princípio da ampla defesa, possibilitando ao paciente o exercício da autodefesa, razão pela qual não há se falar em prejuízo à defesa.

3. *Recurso em habeas corpus improvido.* (RHC 63.682/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/06/2016)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA

DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. NECESSIDADE DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 455/STJ. POSTERIOR CITAÇÃO E REINQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NÃO CONHECIMENTO.

1. *Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento.*

2. *Nos termos do entendimento pacífico desta Corte, cristalizado no verbete sumular n.º 455, a produção antecipada de provas, com base no art. 366 do Código de Processo Penal, deve ser concretamente fundamentada, não bastando a mera alegação do decurso do tempo para se ter por urgente a medida.*

3. *Hipótese em que não é possível reconhecer a nulidade diante da ausência de prejuízo à defesa. O paciente foi localizado, citado e apresentou resposta à acusação, ocasião em que a defesa requereu a reinquirição de algumas testemunhas, o que foi prontamente atendido.*

Os princípios do contraditório e da ampla defesa restaram atendidos.

Há que se observar, na espécie, o princípio pas de nullité sans grief, preconizado no art. 563 do Código de Processo Penal.

4. *Habeas corpus não conhecido (HC 365.367/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 02/02/2017).*

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. SÚMULA N. 455 DO STJ. INQUIRÇÃO DE UMA ÚNICA TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *Não existe ofensa ao princípio da colegialidade nas hipóteses em que a decisão monocrática foi proferida com fundamento no art. 932 do Código de Processo Civil de 2015 ou no art. 557 do Código de Processo Civil de 1973 - aplicáveis na esfera penal por força do art. 3º do Código de Processo Penal -, os quais autorizam o relator negar provimento a recurso manifestamente inadmissível, prejudicado, deficientemente fundamentado, em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, como é o caso dos autos. Por outro lado, o julgamento colegiado do agravo regimental supre eventual vício da decisão agravada.*

2. *Ainda que não se extraiam da literalidade do despacho que determinou a produção antecipada de prova as circunstâncias que fizeram o Magistrado entender possível que a instrução "jamais ocorresse" se não designada a audiência naquela*

Superior Tribunal de Justiça

ocasião, impõe-se salientar que, na forma do artigo 563 do Código de Processo Penal, "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". Trata-se da consagração, na esfera processual penal, do brocardo jurídico pas de nullité sans grief.

No caso concreto, conforme se verifica do andamento processual disponível na página eletrônica do Tribunal de origem, a produção antecipada de provas importou na inquirição, em audiência, de uma única testemunha, após a qual se exarou novo despacho, datado de 16/6/2011, do seguinte teor: "aguardem-se os autos em secretaria até o comparecimento do acusado". Ademais, do que se extrai do próprio despacho que designou a audiência, o defensor do recorrente foi intimado acerca da realização do ato.

Não resta demonstrada, portanto, no caso vertente, a ocorrência de prejuízo à defesa do acusado pela produção antecipada de prova, consistente na oitiva de uma única testemunha. Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no RHC 31.803/PA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 01/02/2017)

Desse modo, não verifico a presença de qualquer nulidade relativa ao fato de não ter sido a defesa intimada para aditar a resposta à acusação.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea *a*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço da presente impetração. Contudo, concedo a ordem de *habeas corpus*, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, assegurar ao paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão por decisão devidamente fundamentada.

Publique-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator