



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.817 - SP (2014/0307993-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ISIDORO BUGLIA FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANDRO CRISTIANO RODRIGUES

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS. RÉU PRESO QUE NÃO TERIA SIDO INTIMADO OU REQUISITADO PARA A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. Não há na impetração cópia da íntegra da ação penal, documentação imprescindível para que se pudesse analisar se à época em que realizada a audiência de instrução e julgamento o paciente se encontrava preso, e se tal circunstância seria ou não de conhecimento da sua defesa ou do Juízo.

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 acusado, ônus do qual não se desincumbiu a defesa.

3. É pacífico neste Sodalício o entendimento de que a ausência do réu preso à audiência de instrução e julgamento somente é causa de nulidade processual se restar comprovado o prejuízo oriundo do seu não comparecimento ao ato.

4. Esta Corte Superior de Justiça entende que inexiste nulidade do processo nos casos em que não é realizado o interrogatório de réu foragido que, contudo, possui advogado constituído nos autos, circunstância que permite o prosseguimento da ação penal, nos termos do artigo 367 do Estatuto Processual Penal, situação que, consoante registrado no aresto objurgado, seria a presente nos autos em apreço. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de abril de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.817 - SP (2014/0307993-4)

IMPETRANTE : ISIDORO BUGLIA FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANDRO CRISTIANO RODRIGUES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de SANDRO CRISTIANO RODRIGUES, apontando como autoridade coatora a 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem pleiteada no HC n. 0062131-26.2014.8.26.0000.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, e no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003, tendo-lhe sido negado o direito de recorrer em liberdade.

Buscando a anulação da ação penal, a defesa do paciente impetrou prévio *writ* na origem, tendo a ordem sido denegada.

Sustenta o impetrante que a audiência realizada no dia 18.3.2014 seria nula, pois o paciente não teria sido intimado para o ato, bem como não teria sido apresentado para dele participar, esclarecendo que em razão de outro processo estaria recolhido em estabelecimento prisional desde 28.12.2013.

Aduz que o defensor constituído não teria conhecimento de que o paciente se encontrava encarcerado, razão pela qual não se poderia afirmar que a defesa teria dado causa à nulidade.

Argumenta que caso o réu estivesse presente ao ato, poderia ter sido interrogado e apresentado a sua versão dos fatos sendo que, na hipótese de confissão, teria a sua pena atenuada.

Requer a concessão da ordem para que seja anulada a ação penal a partir da audiência de instrução e julgamento, inclusive, determinando-se a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 26/27.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (e-STJ fls. 35/36), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 49/53, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, ou, caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.817 - SP (2014/0307993-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a anulação da ação penal em tela desde a audiência de instrução.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação de via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Antes de mais nada, é imperioso destacar que não foi anexada ao *mandamus* cópia da íntegra da ação penal, documentação imprescindível para que se pudesse analisar se à época em que realizada a audiência de instrução e julgamento o paciente se encontrava preso, e se tal circunstância seria ou não de conhecimento da sua defesa ou do Juízo, motivo pelo qual não é possível o reconhecimento da mácula suscitada na impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se sabe, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa.

Nessa direção orienta-se a jurisprudência pacífica desta colenda Corte Superior de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. FALTA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. ÔNUS QUE CABE AO IMPETRANTE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, o rito do habeas corpus demanda prova documental pré-constituída do direito alegado pelo impetrante, ressalvados os casos em que o paciente não seja assistido por defesa técnica, o que não é o caso dos autos.

2. Evidenciada a instrução deficiente da inicial, deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão que indeferiu liminarmente o habeas corpus. Cumpria aos impetrantes, no momento do ajuizamento do prévio writ, munir os autos com toda a documentação necessária para a imediata compreensão do caso.

3 . Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 304.147/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. 1. TORTURA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. MANDAMUS INSTRUÍDO DE MODO INSUFICIENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS MÍNIMOS. 2. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Constatado que o mandamus não foi instruído com as peças imprescindíveis ao reconhecimento da prescrição, impossível a aferição do constrangimento ilegal apontado pelo embargante, haja vista o rito do habeas corpus exigir prova pré-constituída do direito alegado.

2. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no HC 270.662/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 25/08/2014)

Ainda que assim não fosse, de acordo com aresto impugnado, após a decretação da prisão preventiva do réu, este foi citado por edital, constituiu defensor e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apresentou defesa preliminar, o que evidenciaria que se encontrava foragido, tendo a sua custódia sido posteriormente revogada em razão do excesso de prazo na formação da culpa, sendo que na audiência de instrução e julgamento o seu patrono esteve presente e não se opôs a sua realização sem a presença do seu cliente (e-STJ fl. 17), o que, a princípio, afasta a eiva articulada, já que o advogado por ele contratado em momento algum impugnou a forma como o ato foi realizado.

Ademais, é pacífico neste Sodalício o entendimento de que a ausência do réu preso à audiência de instrução e julgamento somente é causa de nulidade processual se restar comprovado o prejuízo oriundo do seu não comparecimento ao ato.

Confira-se:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LATROCÍNIO. (...) AUSÊNCIA DO RÉU PRESO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. (...) CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

(...)

3. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a ausência física do denunciado em audiência de instrução e julgamento somente é causa de nulidade processual se restar demonstrado e comprovado o prejuízo oriundo do seu não comparecimento ao ato, o que não ocorreu no caso.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 163.779/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 03/03/2015)

HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECLUSÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

2. A ausência do réu preso na audiência de instrução e julgamento não acarreta, por si só, nulidade do processo, porquanto se trata de nulidade relativa, devendo, portanto, demonstrar-se o efetivo prejuízo.

3. In casu, o ato instrutório foi acompanhado pela advogada constituída, de modo que não há efetiva comprovação de prejuízo à ampla defesa do paciente. Ademais, nos termos do aresto atacado, a defesa não arguiu a nulidade ora apontada na audiência e "nem, posteriormente, nas outras duas oportunidades que teve para se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manifestar, apresentou qualquer insurgência a respeito", de modo que a matéria está preclusa.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 252.793/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014)

Na mesma esteira, colhe-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal

Federal:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. OITIVA DE TESTEMUNHAS SEM A PRESENÇA DE RÉU PRESO. DISPENSA PELO ADVOGADO CONSTITUÍDO. INTELIGÊNCIA DO ART. 565 DO CPP. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. SUPOSTO VÍCIO OCORRIDO NA INSTRUÇÃO QUE DEVERIA TER SIDO SUSCITADO EM ALEGAÇÕES FINAIS (ART. 571, I DO CPP). ORDEM DENEGADA.

1. A ausência do paciente na audiência de oitiva de testemunhas não constitui nulidade de modo a comprometer os atos processuais, na medida em que, além de o paciente não ter manifestado a intenção de comparecer ao ato processual, houve expressa dispensa por parte do advogado constituído. Não cabe, portanto, a alegação de cerceamento de defesa, a teor do que dispõe o art. 565 do CPP: "Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido". 2. Ademais, em sede de repercussão geral, o Tribunal fixou o entendimento, mutatis mutandis aqui aplicável, de que não há nulidade na realização de audiência de oitiva de testemunha por carta precatória, se ausente réu preso que não manifestou expressamente a sua intenção em participar da audiência (RE 602.543-QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO). 3. Não se pode ignorar, ainda, que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o reconhecimento de nulidade dos atos processuais, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte (CPP, art. 563). 4. Na espécie, entretanto, o impetrante sequer indicou de que modo a renovação dos referidos atos processuais poderia beneficiar o paciente, limitando-se a tecer considerações genéricas sobre o princípio do devido processo legal. Caso a parte se considerasse prejudicada em seu direito, poderia ter se manifestado na audiência, em preliminar de alegações finais, ou até mesmo nos recursos interpostos contra a sentença de pronúncia (CPP, art. 571). Ocorre que a insurgência só foi veiculada depois do trânsito em julgado da sentença de pronúncia, vale dizer, cinco anos após a prática do ato processual. 5. Ordem denegada.

(HC 120759, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 28/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014)

Finalmente, esta Corte Superior de Justiça entende que inexistente nulidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do processo nos casos em que não é realizado o interrogatório de réu foragido que, contudo, possui advogado constituído nos autos, o que permite o prosseguimento da ação penal, situação que, consoante registrado no aresto objurgado, seria a presente nos autos em apreço.

Confira-se:

HABEAS CORPUS . LATROCÍNIO. PENA DE 28 ANOS DE RECLUSÃO E DE PAGAMENTO DE 330 DIAS-MULTA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE COMPARECIMENTO DO PACIENTE A INTERROGATÓRIO. RÉU FORAGIDO. ADVOGADO CONSTITUÍDO. REGULARIDADE DO PROCESSO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Não procede a alegação de nulidade do feito pela falta de realização do interrogatório, uma vez que, a despeito de o paciente encontrar-se foragido quando da fase de instrução, constituiu advogado para sua defesa, possibilitando a revogação da suspensão do processo e a retomada do curso do prazo prescricional.

2. A verificação acerca da negativa de autoria e da inexistência de materialidade delitiva, exigiria reexame de material fático-probatório, medida imprópria no âmbito restrito do habeas corpus. Precedentes do STJ.

3 . Habeas corpus conhecido, em parte, mas denegada a ordem. (HC 161.414/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 15/06/2011)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. (...) ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. RÉU FORAGIDO. ADVOGADO DEVIDAMENTE CONSTITUÍDO NOS AUTOS. (...).
(...)

III - Não procede a alegação de nulidade do iudicium accusationis, em virtude da ausência de interrogatório, porquanto este somente não se realizou porque o paciente encontrava-se foragido, tendo, no entanto, constituído advogado nos autos para representá-lo, o que autorizou o prosseguimento do feito.

(...)
Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada. (HC 95.214/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 01/06/2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0307993-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 309.817 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00352756720118260602 00621312620148260000 20140000688974 2014005670956
352756720118260602 621312620148260000

EM MESA

JULGADO: 28/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ISIDORO BUGLIA FILHO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : SANDRO CRISTIANO RODRIGUES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.