



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 447.753 - RJ (2018/0099796-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JEFFERSON DOUGLAS DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. ART. 400 DO CPP. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. MATÉRIA JULGADA PELO STF. HC N. 127.900/AM. INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/3/2016. NULIDADE SUSCITADA PELA DEFESA EM AUDIÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DO PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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.

II - Esta Corte Superior de Justiça, acompanhando o entendimento da Suprema Corte no julgamento do **habeas corpus 127900/AM**, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, firmou compreensão no sentido de que *"o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, porquanto a Lei 11.719/08, que deu nova redação ao art. 400 do CP, prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em lei especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado"* (HC 390.707/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 24/11/2017).

III - Os efeitos da decisão foram modulados, para se aplicar a nova compreensão somente aos processos cuja instrução criminal não tenha se encerrado até a publicação da ata do julgamento do **HC 127900/AM (11/3/2016)**, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica, consubstanciado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

IV - **In casu**, consta que a audiência de instrução e julgamento foi realizada em **16/5/2017**, ocasião em que o interrogatório foi realizado antes da oitiva das testemunhas, contra o que se insurgiu a Defesa no mesmo ato, apontando em que consistiu o prejuízo, configurando o constrangimento ilegal apontado.

V - Reconhecida a nulidade da instrução, perde objeto a insurgência contra a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não utilização do sistema audiovisual de gravação dos depoimentos.

VI - A prisão preventiva foi mantida para garantia da ordem pública, considerando que a reincidência específica do paciente, que respondeu preso à ação penal. Trata-se de fundamentação idônea, baseada em elementos concretos dos autos, que deve ser mantida.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a ação penal a partir da audiência de instrução e julgamento, determinando que o interrogatório do paciente seja o último ato da instrução, em observância ao art. 400 do CPP, a qual deverá ser gravada por meio de sistema audiovisual ou justificada a impossibilidade de fazê-lo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 447.753 - RJ (2018/0099796-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JEFFERSON DOUGLAS DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JEFFERSON DOUGLAS DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.**

Depreende-se da inicial que o paciente foi condenado ao cumprimento de pena fixada em 7 (sete) anos de reclusão, no regime inicial fechado, em razão da prática do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06 - fls. 31-43).

Irresignada, a Defesa apelou, tendo o eg. Tribunal de origem provido parcialmente o recurso, para reduzir a reprimenda para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

Daí o presente **habeas corpus**, no qual a Defensoria Pública estadual, ora impetrante, aponta nulidade da ação penal, consistente na realização do interrogatório como primeiro ato de instrução, em afronta ao art. 400 do Código de Processo Penal. Argui nulidade, ainda, pela não utilização do sistema audiovisual de gravação dos depoimentos.

Requer a concessão da ordem, em liminar, *"para anular a ação penal a partir da audiência de instrução e julgamento, a fim de que sejam colhidos os depoimentos/interrogatório por meio do sistema audiovisual de gravação e o interrogatório do paciente seja o último ato da instrução, relaxando a prisão do paciente (preso desde 12.12.2016), com expedição de alvará de soltura."* (fl. 18). No mérito, pede a confirmação da liminar.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 81-83).

Informações às fls. 90-99.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 101-107 pelo não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento do **habeas corpus** e pela concessão parcial da ordem de ofício, nos termos da ementa do parecer, assim redigida:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGA. APONTADA NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA AO ARTIGO 400 DO CPP. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO NA LEI Nº 11.343/2006. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC N. 127.900/AM. INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/03/2016. NULIDADE SUSCITADA EM ALEGAÇÕES FINAIS. PRECEDENTES DESSA EGRÉGIA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. COLHEITA DOS DEPOIMENTOS POR MEIO DE SISTEMA DE REGISTRO AUDIOVISUAL. PRECLUSÃO. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. NÃO CONHECIMENTO E CONCESSÃO PARCIAL DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 447.753 - RJ (2018/0099796-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JEFFERSON DOUGLAS DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. ART. 400 DO CPP. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. MATÉRIA JULGADA PELO STF. HC N. 127.900/AM. INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/3/2016. NULIDADE SUSCITADA PELA DEFESA EM AUDIÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DO PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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.

II - Esta Corte Superior de Justiça, acompanhando o entendimento da Suprema Corte no julgamento do **habeas corpus 127900/AM**, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, firmou compreensão no sentido de que *"o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, porquanto a Lei 11.719/08, que deu nova redação ao art. 400 do CP, prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em lei*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado" (HC 390.707/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 24/11/2017).

III - Os efeitos da decisão foram modulados, para se aplicar a nova compreensão somente aos processos cuja instrução criminal não tenha se encerrado até a publicação da ata do julgamento do **HC 127900/AM (11/3/2016)**, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica, consubstanciado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

IV - **In casu**, consta que a audiência de instrução e julgamento foi realizada em **16/5/2017**, ocasião em que o interrogatório foi realizado antes da oitiva das testemunhas, contra o que se insurgiu a Defesa no mesmo ato, apontando em que consistiu o prejuízo, configurando o constrangimento ilegal apontado.

V - Reconhecida a nulidade da instrução, perde objeto a insurgência contra a não utilização do sistema audiovisual de gravação dos depoimentos.

VI - A prisão preventiva foi mantida para garantia da ordem pública, considerando que a reincidência específica do paciente, que respondeu preso à ação penal. Trata-se de fundamentação idônea, baseada em elementos concretos dos autos, que deve ser mantida.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a ação penal a partir da audiência de instrução e julgamento, determinando que o interrogatório do paciente seja o último ato da instrução, em observância ao art. 400 do CPP, a qual deverá ser gravada por meio de sistema audiovisual ou justificada a impossibilidade de fazê-lo.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

A Defesa busca, em síntese, por meio do presente **habeas corpus**, que se declare a nulidade da audiência de instrução e julgamento, bem como de todos os atos processuais subsequentes a ela, uma vez que o interrogatório do paciente foi o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento.

Para delimitar a **quaestio**, transcrevo, no ponto, excertos do v. acórdão do eg. Tribunal **a quo**, que assim analisou a questão:

"Inicialmente, sustenta a defesa que o interrogatório foi realizado no início da instrução, o que afrontou o art. 400, do CPP e ensejou nulidade do feito.

Ocorre que, se o acusado foi processado pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico, sob a égide da Lei 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal.

A regra é a de que o rito especial prefere o ordinário, tanto que o § 2º, do art. 394 do Código de Processo Penal, exclui a aplicação do procedimento comum, quando houver disposição em contrário no próprio Código ou em lei especial.

Nesse mesmo sentido entende o E. STJ que "no caso de crime previsto na Lei de Drogas, não há nulidade na realização do interrogatório no início da instrução processual. O rito previsto pela Lei n. 11.343/2006, por ter natureza especial, prevalece sobre a previsão de caráter geral do art. 400 do Código de Processo Penal" (AgRg no REsp 1505705/RS, Rei. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 21/11/2016).

Assim, como o art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal, não há que se falar em nulidade."

Consigne-se, inicialmente, que a jurisprudência desta Corte havia se firmado no sentido de que o interrogatório do réu ocorrido no início da instrução processual, conforme disciplinado na Lei n. 11.343/06, por se tratar de procedimento especial, deveria ser seguido para a apuração dos crimes ali descritos, em observância ao princípio da especialidade.

Posteriormente, houve alteração em tal posicionamento e o Superior Tribunal de Justiça, ao acompanhar o entendimento firmado pela Suprema Corte, no HC 127900/AM, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, firmou compreensão no sentido de que *"o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, porquanto a Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CP, prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em lei especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado"* (HC 390.707/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 24/11/2017).

Em tal contexto, concluiu-se que o procedimento de interrogatório do réu em todos os procedimentos regidos por leis especiais, como no caso da Lei de Drogas, deve ser o último ato da instrução criminal, nos termos do art. 400 do Código de Processo Penal.

Pontuou-se, ainda, que os efeitos da decisão deveriam ser modulados, para se aplicar a nova compreensão somente aos processos cuja instrução criminal não tenha se encerrado até a publicação da ata daquele julgamento (**11/3/2016**), sob pena de ofensa ao **princípio da segurança jurídica**, consubstanciado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

No presente caso, verifica-se às fls. 31-43, que a audiência de instrução e julgamento foi realizada em **16/5/2017** e o **interrogatório foi o primeiro ato da instrução**. Consta, ainda, que a Defesa, no mesmo ato, arguiu a nulidade ora sob exame e apontou em que consistiu o prejuízo.

Verifica-se, pois, que o interrogatório judicial foi o primeiro ato a ser praticado na audiência de instrução e julgamento ocorrida em data posterior à publicação do julgado do Pretório Excelso e, ainda, que a Defesa arguiu a suposta nulidade e apontou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízo, configurando o constrangimento ilegal apontado.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL. MATÉRIA JULGADA PELO STF. HC N. 127.900/AM. INTERROGATÓRIO OCORRIDO APÓS 11/3/2016. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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.

II - Esta Corte Superior de Justiça, acompanhando o entendimento da Suprema Corte no julgamento do habeas corpus n. 127.900/AM, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, firmou compreensão no sentido de que "o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do CPP, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais, porquanto a Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CP, prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em lei especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado" (HC 390.707/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 24/11/2017).

III - Os efeitos da decisão foram modulados, para se aplicar a nova compreensão somente aos processos cuja instrução criminal não tenha se encerrado até a publicação da ata do julgamento do HC n. 127.900/AM (11/3/2016), sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

IV - In casu, consta que a audiência de instrução e julgamento foi realizada em 31/3/2016, e, na ocasião, a acusada foi interrogada antes da oitiva das testemunhas, configurando o constrangimento ilegal apontado pela Defesa.

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a ação penal a partir da audiência de instrução e julgamento, determinando que o interrogatório da paciente seja o último ato da instrução, em observância ao art. 400 do CPP" (HC 418.222/MG, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe 16/04/2018).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 11.343/06). RITO PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO DO RITO COMUM ORDINÁRIO. INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ACÓRDÃO DO PLENÁRIO DO STF (HC-127.900). INCIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. EXCESSO DE PRAZO RECONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. É certo que este Tribunal Superior vinha proferindo entendimento no sentido de que o procedimento previsto no artigo 57 e parágrafos da Lei n. 11.343/2006 prevalecia sobre a regra insculpida no artigo 400 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da especialidade.

3. No entanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame do HC n. 127.900/AM, julgado em 3/3/2016, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, assentou que "a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado".

4. Desse modo, a decisão plenária do STF deve ser observada neste Superior Tribunal de Justiça (NCPC, art. 927, V, aplicável subsidiariamente ao processo penal - CPP, art. 3º).

5. No caso, a audiência de instrução foi realizada no dia 23/5/2017, momento em que foram, primeiramente, ouvidos os acusados (interrogatórios) e depois as testemunhas, ou seja, em desrespeito ao que ficou decidido no HC-127.900/STF (ata de julgamento publicada em 11/3/2016), o que configura o apontado constrangimento ilegal.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular a sentença penal condenatória, determinando-se que os interrogatórios dos pacientes sejam o último ato da instrução.

Excesso de prazo na prisão reconhecido, mediante cautelares diversas (CPP, art. 319)" (HC 439.831/SP, **Quinta Turma**, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 07/05/2018).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PRETÓRIO EXCELSO NO BOJO DO HC 127.900/AM. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO. ACUSADOS INTERROGADOS NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. NULIDADE PRESENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, deu nova conformidade à norma contida no art. 400 do CPP (com redação dada pela Lei n. 11.719/08), à luz do sistema constitucional acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa. O interrogatório passa a ser sempre o último ato da instrução, mesmo nos procedimentos regidos por lei especial, caindo por terra a solução de antinomias com arrimo no princípio da especialidade. Ressaltou-se, contudo, a incidência da nova compreensão aos processos nos quais a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata daquele julgamento (11.03.2016).

2. In casu, os pacientes foram interrogados na abertura de audiência iniciada e finalizada em 14.12.2017, ou seja, muitos meses depois do novo entendimento da Suprema Corte, sendo de observar que a defesa suscitou o vício no momento próprio, mas, mesmo assim, o magistrado assumiu o risco da nulidade.

[...]

3. Ordem concedida para anular os atos processuais a partir da audiência de instrução e julgamento da Ação Penal n.º 0022899-86.2016.8.19.0014, devendo-se observar a diretriz lançada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n.º 127.900/AM. Efeitos da decisão a serem estendidos ao corréu DAYVISON CARVALHO DA CONCEIÇÃO e determinação ao Juízo Singular para o reexame da prisão cautelar a partir da nova realidade" (HC 428.967/RJ, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 05/04/2018).

Reconhecida a nulidade da instrução, perde objeto a insurgência contra a não utilização do sistema audiovisual de gravação dos depoimentos. Ademais, não restou comprovado nos autos que o d. Juízo de 1º Grau tivesse referido sistema à sua disposição e deixou de utilizá-lo sem a adequada fundamentação.

Por fim, no que concerne à prisão preventiva, esta foi mantida na sentença para garantia da ordem pública, considerando a reincidência específica do paciente, que respondeu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preso à ação penal. Tal entendimento encontra respaldo na jurisprudência desta Corte de Justiça, **verbis**:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. PERICULOSIDADE SOCIAL (APREENSÃO DE CRACK E MACONHA). RISCO DE REITERAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO."

1. Para a decretação da prisão preventiva é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.

2. O decreto de prisão preventiva foi mantido pelo Tribunal estadual em razão da periculosidade social do recorrente, preso em flagrante com 0,72g de crack e 58,01g maconha após denúncias de que estaria comercializando drogas, sendo que o paciente é reincidente específico e ostenta outras passagens também pelo crime de tráfico de drogas. Em que pese a pequena quantidade de drogas apreendidas, a medida se mostra necessária para conter o risco de reiteração em práticas ilícitas. Precedentes.

3. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento" (RHC 98.580/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 29/06/2018).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. REINCIDÊNCIA. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO."

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal.

2. *É inadmissível o enfrentamento da alegação acerca da desclassificação para o delito de porte de substância entorpecente para uso próprio, ante a necessária incursão probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus.*

3. *Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.*

4. *A prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada pelas instâncias ordinárias, com base em elementos extraídos dos autos, a periculosidade do paciente e a necessidade de se evitar a reiteração delitiva, ante a quantidade de drogas localizada em seu poder - 188 gramas de maconha - e ao fato de o acusado ser reincidente específico. Tais circunstâncias demonstram risco ao meio social, recomendando-se a sua custódia cautelar especialmente para garantia da ordem pública.*

5. *É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.*

6. *Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.*

*Habeas corpus não conhecido" (HC 440.228/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 25/06/2018).*

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA. REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INSUFICIÊNCIA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. *Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na quantidade de droga apreendida, qual seja, (as porções de maconha totalizaram 91,26 gramas e as de cocaína 42,49 gramas), e em que há informações sobre outros envolvimento em delitos (inclusive reincidência específica por delito da espécie), não há ilegalidade no decreto prisional.*

2. *Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública.

3. *Habeas corpus denegado*" (HC 435.525/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 19/06/2018).

Ocorre que a questão não foi apreciada pelo eg. Tribunal. Assim, se os argumentos formulados na inicial do **habeas corpus não foram apreciados pelo eg. Tribunal de origem**, inviável o seu exame por esta Corte, sob pena de se incorrer em indevida **supressão de instância**.

Nesse sentido, as seguintes decisões: HC 379266/MG, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 28/06/2017, HC 399447/BA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 30/06/2017, HC 402364/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 09/06/2017.

Destaco, sobre a matéria, os seguintes julgados do col. Supremo Tribunal Federal:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NULIDADE PROCESSUAL. DEFESA TÉCNICA DEFICIENTE. REVISÃO CRIMINAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. *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.*

2. *Indevido emprego do habeas corpus como sucedâneo recursal ou revisão criminal. Precedentes.*

3. *Inviável o exame de tese defensiva não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.*

4. *Agravo regimental conhecido e não provido.*" (HC 141895/RJ AgR, **Primeira Turma**, Rel.^a Min.^a **Rosa Weber**, DJe de 20/06/2017).

"Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico com envolvimento de menores. Condenação em primeiro grau. Negado o direito de recorrer em liberdade. Réu que permaneceu solto durante parte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da instrução criminal. 3. Alegações: a) de ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar, previstos no artigo 312 do CPP; b) desnecessidade da medida extrema, em razão de o acusado ter respondido em liberdade aos atos do processo, inexistindo fatos novos a justificar a segregação preventiva; e c) nulidade das interceptações telefônicas realizadas no curso da investigação criminal. 4. Demonstrada a necessidade da prisão para garantia da ordem pública. Evidenciada a possibilidade, concreta, de reiteração delitiva, pois, após, ser colocado em liberdade, o paciente continuou a praticar as mesmas condutas, permanecendo associado e intensificando as ações voltadas para o tráfico. 5. Nulidade das interceptações telefônicas. Dupla supressão de instância. Matéria não apreciada pelo Tribunal de origem, nem pelo STJ. Precedentes. Matéria não conhecida. 6. Ausência de constrangimento ilegal a ser reparado. Ordem parcialmente conhecida e nesse ponto, denegada" (HC 140733/MG, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgado em 09/05/2017, DJe 22/05/2017).

No mesmo sentido são os julgados deste Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. JÚRI. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA NO TOCANTE À DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM. DEVOLUTIVIDADE RESTRITA. SÚMULA 713/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE NOS CRITÉRIOS DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Em que pesem os esforços da impetrante, verifica-se que os pleitos de anulação da sentença por carência de fundamentação idônea da dosimetria da reprimenda ou de estabelecimento da básica no piso legal não foram objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta o exame de tais matérias por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

3. Hipótese na qual o apelo defensivo limitou-se a pugnar pela anulação do júri e pela submissão do paciente a novo julgamento, por entender que o veredicto seria contrário à prova produzida no curso da instrução, sem que tenha sido declinado pedido de revisão dos critérios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adotados durante o procedimento dosimétrico.

[...]

6. *Habeas corpus não conhecido.*" (HC 382.890/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 01/08/2017).

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. NULIDADE. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUANTO À PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE E EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE. REVERSÃO DAS CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DO MATERIAL FÁTICO E PROBATÓRIO. INCOMUNICABILIDADE DA QUALIFICADORA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUMENTO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. CONSTATAÇÃO, DE OFÍCIO, DE ERRO MATERIAL NO CÁLCULO DA PENA DO PACIENTE. CORREÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A tese de nulidade da decisão de recebimento da denúncia por ausência de fundamentação não foi analisada pela Corte de origem, restando, por tal motivo, inviabilizado seu exame direto por este Tribunal Superior sob pena de indevida supressão de instância.

3. A alegação de nulidade da sentença de pronúncia por ausência de fundamentação quanto à participação do paciente e da incidência da qualificadora do motivo torpe, encontra-se atingida pela preclusão, pois alegada pela defesa somente após a sentença condenatória proferida pelo Tribunal do Júri. Precedentes.

4. Em processos da competência do Tribunal do Júri, somente é dado ao órgão ad quem, em relação aos elementos probatórios existentes nos autos e submetidos à apreciação dos jurados componentes do Conselho de Sentença, a realização da análise acerca da existência ou não de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados, somente se admitindo a cassação do veredicto caso este seja manifestamente contrário à prova dos autos.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. A tese concernente à incomunicabilidade da qualificadora do motivo torpe não restou apreciada pela instância ordinária, razão pela qual inviável seu exame direto por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

9. Ausente interesse processual quando o pedido defensivo de fixação do patamar de diminuição de 1/3 (um terço) pela participação de menor importância, já restou atendido pelo Juiz de primeiro grau.

[...]" (HC 358.963/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 08/06/2017).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA NOS AUTOS DE DOCUMENTAÇÃO REPUTADA INDISPENSÁVEL PELA DEFESA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO WRIT IMPETRADO NA ORIGEM. MANDAMUS SUBSTITUTIVO DE APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A alegada nulidade da ação penal em razão de não constar nos autos documentação reputada indispensável pela defesa não foi apreciada pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade no não conhecimento do mandamus originário, pois este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis e à revisão criminal. Precedentes.

[...]

4. O rito do habeas corpus e do recurso ordinário em 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, ônus do qual não se desincumbiu a defesa.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC 367.864/MT, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 22/02/2017, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. CARTA APÓCRIFA. RELATOS SOBRE SUPOSTOS ILÍCITOS PARA MANIPULAÇÃO DO JULGAMENTO DESPROVIDOS DE QUALQUER RESPALDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESENTRANHAMENTO. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A tese referente à suposta violação ao princípio do juiz natural não foi debatida perante a instância de origem, sendo inviável o seu enfrentamento diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

*[...]" (HC 387.699/MG, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 18/09/2017).*

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus. Concedo** a ordem, de ofício, para anular a ação penal a partir da audiência de instrução e julgamento, determinando que o interrogatório do paciente seja o último ato da instrução, em observância ao art. 400 do CPP, a qual deverá ser gravada por meio de sistema audiovisual ou justificada a impossibilidade de fazê-lo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0099796-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 447.753 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00346896720168190014 346896720168190014

EM MESA

JULGADO: 02/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: JEFFERSON DOUGLAS DOS SANTOS (PRESO)

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.