



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 278.610 - SP (2013/0331963-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NICANOR CONSTANTE PEREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ART. 311 DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA. TESE NÃO DISCUTIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECLUSÃO. QUESTÃO NÃO LEVANTADA NO MOMENTO OPORTUNO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– A alegação de inépcia da denúncia não foi debatida ou sequer levantada perante o Tribunal de origem, o que inviabiliza o conhecimento da matéria nesta Corte, sob pena de incidir em indevida supressão de instância, sobretudo quando tal questionamento somente foi levantado após a condenação, com trânsito em julgado.

– A alegação de inépcia da denúncia deve ser levantada em momento oportuno, antes da prolação da sentença condenatória, sob pena de preclusão.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 20 de março de 2014(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 278.610 - SP (2013/0331963-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : NICANOR CONSTANTE PEREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, impetrado em benefício de NICANOR CONSTANTE PEREIRA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso nos arts. 180, *caput* e 311 do Código Penal, e no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03, às penas de 9 (nove) anos, 6 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado e 36 (trinta e seis) dias-multa, fixados no mínimo legal (fls. 10/18)

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso defensivo, mantendo integralmente a sentença de piso (fls. 19/26).

No presente *writ*, o impetrante sustenta, a nulidade de todo o processo em relação ao delito previsto no art. 311 do CP, tendo em vista a inépcia da denúncia, que, segundo alega, não narrou de forma suficiente todas as circunstancias do delito em questão.

Pugna, assim, pelo reconhecimento da nulidade, afastando-se a pena imposta em relação ao crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor.

A liminar foi indeferida às fls. 35.

As informações foram prestadas às fls. 43/115 e 119/137.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* (fls. 139/145).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 278.610 - SP (2013/0331963-3)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal.

São precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. PACIENTE CUMPRE PENA DOMICILIAR. PEDIDO PREJUDICADO. (4) WRIT PREJUDICADO EM PARTE E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, o que não se vê na espécie.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o magistrado de primeiro grau e o Tribunal de origem apontaram motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. O Paciente cumpre pena em regime aberto, na modalidade de prisão albergue domiciliar. Assim, forçoso reconhecer que o objeto deste mandamus, no ponto, se esvaiu.

4. Writ prejudicado em parte e, no mais, não conhecido. (HC 207.052/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 04/11/2013)

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO
ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Busca-se na presente impetração o reconhecimento da nulidade absoluta da ação penal, quanto ao delito previsto no art. 311 do CP, desde o recebimento da denúncia, tendo em vista sua alegada inépcia.

Todavia, verifica-se que a questão aqui sustentada, não foi debatida ou sequer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levantada perante o Tribunal de origem, o que inviabiliza o conhecimento da matéria nesta Corte, sob pena de incidir em indevida supressão de instância, sobretudo quando tal questionamento somente foi levantado após o trânsito em julgado da condenação. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NULIDADES. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMINENTE RISCO DE TRANSFERÊNCIA PARA UNIDADE PRISIONAL COMUM. LIMINAR INDEFERIDA NO WRIT ORIGINÁRIO. SÚMULA N.º 691/STF. JULGAMENTO DO MÉRITO DO PRÉVIO MANDAMUS. ALTERAÇÃO DA REALIDADE PROCESSUAL. PREJUDICIALIDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. As nulidades suscitadas no presente writ não foram apreciadas pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. A matéria referente ao iminente risco de transferência para unidade prisional comum não poderia ser conhecida por esta Corte Superior de Justiça, a teor da súmula n.º 691/STF, tendo em vista que à época da impetração, a matéria ainda não havia sido examinada pelo Tribunal de origem, que ainda não havia julgado o mérito do writ originário. Com o julgamento do prévio mandamus, em data posterior à impetração deste writ, restou alterada a realidade processual, sendo forçoso reconhecer que o objeto deste habeas corpus encontra-se esvaído, no ponto.

4. A custódia cautelar foi mantida na sentença condenatória para o resguardo da ordem pública, tendo em vista a gravidade in concreto do delito, consistente no tráfico de quase 2 kg de cocaína por policiais militares com mais de dez anos de carreira.

5. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, no mais, não conhecido (HC 220.251/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 03/02/2014).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E PECULATO. 2. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. EXASPERAÇÃO. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. CRIME CONTINUADO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 4. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não tendo sido suscitado perante o Tribunal de origem o tema trazido na impetração, mostra-se inviável a análise originária por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

2. A pena-base imposta revela-se proporcional e razoável, visto que foi estabelecida acima do mínimo legal em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis que, à luz do art. 59 do Código Penal, autorizam a sua exasperação, bem assim, não ficou caracterizada a continuidade delitiva.

3. As instâncias ordinárias verificaram a não caracterização da continuidade delitiva. A reversão desse entendimento implica no reexame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório, providência incompatível com a estreita via do writ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 251.509/PE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 11/12/2013).

Nesse contexto, verificando-se que a alegada inépcia da denúncia não foi questionada no momento oportuno, somente tendo sido levantada na presente impetração, posteriormente ao trânsito em julgado da condenação, resta preclusa a alegada nulidade, nos termos da jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior. No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. NULIDADE SUSCITADA APÓS PROLATADA A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. MATÉRIA PRECLUSA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER A INOCÊNCIA NA VIA ELEITA. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS INAPLICÁVEL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Após a superveniência de sentença condenatória, confirmada em sede de apelação, resta preclusa a alegação de inépcia da denúncia, sobretudo quando fundada na validade do conjunto probatório contido nos autos.

2. Uma vez que as instâncias ordinárias, soberanas na análise fática dos autos, restaram convictas quanto à materialidade do crime e a certeza da autoria do crimes de tráfico de drogas, descabe proceder amplo reexame dos fatos e das provas para declarar se o caso é de absolvição ou não, na via estreita do habeas corpus.

3. Acolher a tese defensiva de que o condenado não possuía animus associativo, com o fim específico de traficar drogas, para absolvê-lo da condenação como incurso no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, incabível na via do habeas corpus, mormente quando as instâncias ordinárias afastaram esse argumento com fundamentação coerente.

4. Do mesmo modo, inaplicável a causa de diminuição de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, o réu não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa.

5. Habeas corpus denegado (HC 174.862/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 01/08/2013).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DOS ARTIGOS 541, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP E 255, § 2º, DO RISTJ. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. NULIDADE ARGUIDA APENAS DEPOIS DE PROLATADA A SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. Não teve cumpridos os requisitos de admissibilidade constantes dos arts. 541, parágrafo único, do CPP e 255, § 2.º, do RISTJ.

2. A tese de inépcia da denúncia deve ser alegada até antes da prolação da sentença, sob pena de preclusão.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no Ag 1304507/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 07/02/2013).

HABEAS CORPUS. ART. 19 DA LEI Nº 7.492/86. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÕES DE INEXISTÊNCIA DE CRIME, FALTA DE PROVAS E FALTA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TESE NÃO FORMULADA ATÉ A SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LEI Nº 9.271/96. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. IRRETROATIVIDADE. REVELIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. CRIME COMETIDO ANTES DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. ORDEM DENEGADA.

1. As teses que demandam análise aprofundada do conjunto fático-probatório não podem ser examinadas na via estreita do habeas corpus, conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte. Nesse sentido, as alegações de inexistência de crime, de falta de provas para a condenação e de falta de justa causa, nos termos ora deduzidos, são inviáveis de apreciação na via eleita. Destaque-se que o conjunto probatório foi bem cotejado pelas instâncias ordinárias, que concluíram pela condenação do paciente.

2. Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a inépcia da denúncia deve ser suscitada até a prolação de sentença, sob pena de preclusão. No caso em comento, tal alegação somente foi formulada no presente writ, não sendo analisada na sentença condenatória nem no acórdão da apelação. Assim, a matéria mostra-se alcançada pela preclusão.

3. A teor da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não é possível a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, nos termos do vigente art. 366 do Código de Processo Penal, nos feitos relativos a crimes praticados antes da vigência da Lei nº 9.271/96, pois a suspensão do prazo prescricional constituiu novatio legis in pejus. Não se admite, ainda, a cisão da referida norma.

4. Muito embora a decretação da revelia tenha ocorrido na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vigência da Lei nº 9.271, de 17.04.1996, que alterou a redação do art. 366 do Código de Processo Penal, constata-se que os fatos ora em apuração datam de 1985 a 1987, inexistindo, assim, constrangimento ilegal no prosseguimento do feito até a prolação de sentença condenatória.

5. *Habeas corpus denegado* (HC 98.763/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 10/05/2010).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 278.610 - SP (2013/0331963-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ: Sr.

Presidente, gostaria de fazer um registro pessoal, de que, embora a jurisprudência seja bem consolidada nesse sentido, entendo que, a depender do grau da inépcia da denúncia, enfim, se há uma desconformidade total com os elementos indicativos do art. 41 do Código de Processo Penal, essa eventual nulidade pode ser reconhecida a qualquer momento.

Sei que se costuma entender que, prolatada a sentença, preclui-se a alegação de inépcia da denúncia. Mas se cuidar-se de hipótese de nulidade evidente da peça acusatória, que tenha impossibilitado o exercício da ampla defesa, é caso de anular-se o processo *ab initio*.

Só é um registro pessoal, porque acho que, neste caso, como houve supressão da instância, nem veria esse argumento a mais como necessário para a solução alvitrada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0331963-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 278.610 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00050425120078260045 50425120078260045 7582007 990081261944

EM MESA

JULGADO: 20/03/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NICANOR CONSTANTE PEREIRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.