



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 340.521 - SP (2015/0281119-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : ANTONIN POLASEK  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ANTONIN POLASEK (PRESO)  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. DIREITO DE PRESENÇA. AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO RÉU. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRESENÇA DA DEFESA TÉCNICA. AMPLA DEFESA GARANTIDA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou 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 - O direito de presença aos atos processuais não é indisponível e irrenunciável, de modo que o não comparecimento do acusado em audiência de oitiva de testemunhas não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a arguição no momento oportuno e a comprovação do prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP - **pas de nullite sans grief** -.

III - Na espécie, verifica-se que a audiência foi acompanhada pela Defesa do paciente, que concordou com a realização do ato e não arguiu a nulidade na próxima oportunidade em que se manifestou nos autos, tampouco comprovando o prejuízo nesta seara.

**Habeas corpus** não conhecido.

### 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.

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



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 340.521 - SP (2015/0281119-8)**

IMPETRANTE : ANTONIN POLASEK  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : ANTONIN POLASEK (PRESO)  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus** impetrado de próprio punho por ANTONIN POLASEK, contra decisão proferida pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, c/c art. 40, V, e art. 35, **caput**, todos da Lei n. 11.343/06.

O eg. Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa e deu provimento parcial ao recurso do Ministério Público, a fim de redimensionar a pena do paciente para 12 (doze) anos, 8 (oito) meses e 13 (treze) dias de reclusão, no regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa propôs revisão criminal, que foi indeferida pelo eg. Tribunal de origem. Os respectivos acórdãos não foram ementados.

No presente **writ**, o impetrante/paciente argui nulidade *"por violação ao devido processo legal em razão da não apresentação do paciente preso para participação na oitiva das testemunhas"* (fl. 3).

O pedido liminar foi indeferido (fl. 44).

Informações juntadas às fls. 54-100.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo não conhecimento do **writ** (fl. 108).

Instada, a Defensoria Pública requereu a concessão da ordem de ofício ou o encaminhamento do feito para que seja distribuído como nova revisão criminal (fls. 115-116).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 340.521 - SP (2015/0281119-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : ANTONIN POLASEK  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ANTONIN POLASEK (PRESO)  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. DIREITO DE PRESENÇA. AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO RÉU. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRESENÇA DA DEFESA TÉCNICA. AMPLA DEFESA GARANTIDA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou 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 - O direito de presença aos atos processuais não é indisponível e irrenunciável, de modo que o não comparecimento do acusado em audiência de oitiva de testemunhas não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a arguição no momento oportuno e a comprovação do prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP - **pas de nullitte sans grief** -.

III - Na espécie, verifica-se que a audiência foi acompanhada pela Defesa do paciente, que concordou com a realização do ato e não arguiu a nulidade na próxima oportunidade em que se manifestou nos autos, tampouco comprovando o prejuízo nesta seara.

**Habeas corpus** não conhecido.

### VOTO



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento do **writ**, 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 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, adequado para modificar **decisum** proferido pelo eg. Tribunal de origem, no julgamento de revisão criminal.

No que concerne à alegada nulidade em razão de não ter o paciente acompanhado audiência de oitiva das testemunhas da acusação, a matéria foi assim tratada pelo eg. Tribunal de origem, por ocasião do julgamento da revisão criminal interposta pela Defesa:

*"Por último, não há falar em cerceamento de defesa.*

*É verdade que, na hipótese vertente, embora devidamente requisitado pelo MM. Juízo a quo, o peticionário não foi apresentado para a audiência de instrução. Todavia, tal ausência foi justificada pela falta de escolta (ofício de fls. 204, apenso).*

*E, ainda que ausente o réu, as partes concordaram com a realização da audiência (fls. 207).*

*Ademais, em memoriais, oportunidade em que tal fato poderia e deveria ter sido arguido, nada foi dito (fls. 320/324).*

*Forçoso, pois, reconhecer a ausência de prejuízo" (fl. 82).*

Consoante se pode aferir pela decisão acima transcrita, a Defesa técnica do paciente estava presente e, inclusive, concordou com a realização do ato sem a apresentação dele.

Por outro lado, não trouxe a Defesa comprovação de que manifestou expressamente a aventada nulidade no próprio ato ou nas alegações finais, próxima



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oportunidade que teve para falar nos autos. Verifica-se, por outro lado, que a questão sequer foi objeto do recurso de apelação defensivo, somente sendo apresentada na revisão criminal.

Ora, não obstante seja direito do acusado em processo penal a presença nos atos processuais, não se trata de direito indisponível e irrenunciável. Portanto, o não comparecimento do acusado em audiência não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a comprovação do prejuízo e sua arguição no momento oportuno.

O entendimento acerca da necessidade de demonstração do prejuízo para que seja reconhecida a nulidade apontada encontra-se resumido no enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

*"No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".*

No mesmo sentido posiciona-se a doutrina, podendo ser citada a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

*"Nessa linha - nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova do prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver essa consequência - é que deve ser resolvida a questão das nulidades por vício ou inexistência dos atos processuais inerentes à defesa técnica e à autodefesa.*

*[...]*

*Nesses casos, afetado que fica o direito de defesa como um todo, o vício acarreta a nulidade absoluta (art. 564, III, a, c, e, g, l, o, do CPP).*

***Em outros casos, porém, nos termos da Súmula 523 do STF, depende a nulidade da comprovação do prejuízo: assim ocorre com a falta ou inépcia das razões de recurso, a falta de prova do alibi referido pelo acusado, a ausência do curador (ver O processo constitucional em marcha, Acórdãos 59 e 68: TACrimSP, Ap. 264.491, Ap. 266.023, Ap. 318.713, Ap. 299.561, Ap. 315.087, Ap. 348.153-1, Ap. 342.389, Ap. 347.993-6, Ap. 271834 e Ap. 83.404).***

*[...]*

*É que, nesses casos, o vício ou inexistência de ato defensivo pode não levar, como consequência necessária, à vulneração do direito de defesa, em sua inteireza, dependendo a declaração de nulidade da demonstração do prejuízo à atividade defensiva como um todo" (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74-75).*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte é assente no mesmo sentido. Confira-se:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"EMENTA Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Audiência de inquirição de testemunhas de acusação realizada sem a presença da paciente. Alegado cerceamento do direito de defesa. Não ocorrência. Ato realizado com a presença do defensor constituído. Inexistência de prejuízo. Precedentes. Ordem denegada. 1. Consoante se infere dos autos, **a audiência de inquirição de testemunhas de acusação foi realizada sem a presença da paciente, porém com a presença de seu defensor, de modo que inexiste o alegado cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que não configurado o prejuízo apontado.** Precedentes. 2. Ordem denegada" (HC 130328, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe-098 - 16/05/2016, grifei).

"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, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe-223 - 13/11/2014, grifei).

*"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM RAZÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR SUSTENTAÇÃO ORAL. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. EXAME DA TURMA NO REGIMENTAL. HOMICÍDIO. OITIVA DE TESTEMUNHAS. RÉU PRESO. DIREITO DE PRESENÇA. DIREITO QUE NÃO É ABSOLUTO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...]*

*3. O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa, o que não ficou demonstrado no caso dos autos.*

*4. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 411.033/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 20/10/2017).*

*"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. RÉU PRESO EM PRESÍDIO LOCALIZADO EM COMARCA DIVERSA. PEDIDO DE REMOÇÃO PARA PRESENÇA DO ACUSADO NOS ATOS PROCESSUAIS. INDEFERIMENTO. INTERROGATÓRIO POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA. POSSIBILIDADE. NULIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. PLEITO DE RELAXAMENTO DA PRISÃO. EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. PREJUDICIALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.*

*1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento de nulidade no curso do processo penal reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio pas de nullité sans grief, o que não se verifica na espécie. Precedentes.*

*2. "Conforme entendimento já consolidado na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a realização da audiência de instrução sem a presença do acusado que se encontra preso é causa de nulidade relativa, cuja declaração depende de arguição oportuna e demonstração de efetivo*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízo" (HC 296.814/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/8/2014, DJe 27/8/2014). Precedentes.

3. A Terceira Seção desta Corte firmou entendimento de que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto e não impede a realização do interrogatório do réu por meio de carta precatória, pois sua adoção "não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da Jurisdição Penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da Lei." (CC 99.023/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 28/8/2009).

4. No caso em exame, embora a defesa tenha requerido tempestivamente a presença do réu na audiência de oitiva das testemunhas, não se descurou de demonstrar eventual prejuízo acarretado pelo não deferimento do pleito, além da negativa do Juízo singular encontrar-se devidamente fundamentada na desnecessidade do dispêndio da remoção, bem como na ausência de prejuízo. 5. O pleito de relaxamento da prisão por excesso de prazo na formação da culpa encontra-se prejudicado ante a superveniência de sentença condenatória, o qual negou-lhe o direito de apelar em liberdade.

6. Recurso em habeas corpus parcialmente conhecido e desprovido" (RHC 74.993/MA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 18/08/2017).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. RÉU PRESO. NULIDADE RELATIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INOBSERVÂNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO À AMPLA DEFESA.

1. Em diversas oportunidades já manifestou-se esta Corte no sentido de que, embora recomendável, a presença do réu em audiência de inquirição de testemunhas não é indispensável para a validade do ato, revestindo-se de verdadeira nulidade relativa e exigindo, por este motivo, a efetiva demonstração do prejuízo para a sua decretação.

2. No presente caso, não restou demonstrado eventual prejuízo, pois, em oportunidade anterior, o acusado já havia sido ouvido em juízo, além do que, conforme consignou a magistrada condutora do ato, a presença do réu em audiência seria irrelevante, uma vez que as vítimas únicas a serem ouvidas na ocasião, solicitaram, previamente, que suas declarações fossem tomadas sem a presença física dos dois acusados.

3. Agravo Regimental improvido" (AgRg no RHC 46.755/RN, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 16/06/2016).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, a não apresentação do paciente em audiência de inquirição de testemunhas, na qual estava presente a Defesa que concordou com a realização do ato e tampouco apontou eventual prejuízo na primeira oportunidade em que se manifestou nos autos, não logrando comprová-lo nesta seara, não configura nulidade.

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

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0281119-8

**HC 340.521 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00436106720138260000 20120000589029 20140000149382 436106720138260000 602011  
90007319120118260506

EM MESA

JULGADO: 07/11/2017

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : ANTONIN POLASEK                            |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : ANTONIN POLASEK (PRESO)                    |
| ADVOGADO   | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  |
| CORRÉU     | : ROBERTO ROSA MENDOZA                       |
| CORRÉU     | : CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA JORDÃO          |
| CORRÉU     | : TIAGO JEAN DO NASCIMENTO                   |

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.