



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 27.938 - MS (2010/0055162-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
RECORRENTE : VALDENIL FERREIRA XIMENES
ADVOGADOS : LUIZ DO AMARAL E OUTRO(S)
LUIZ RENÊ GONÇALVES DO AMARAL E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO EM AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO REALIZADA NO JUÍZO DEPRECADO. ADVOGADO CONSTITUÍDO PRESENTE AO ATO, CONSENTINDO COM SUA REALIZAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMOSTRADO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

– A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que a presença do réu na audiência de oitiva das testemunhas pode acarretar nulidade relativa, sendo, portanto necessária a demonstração do efetivo prejuízo causado, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

– Assim, não havendo demonstração de qualquer prejuízo concreto à defesa, que atuou ativamente durante toda a instrução do processo, não há de ser reconhecida a alegada nulidade, até mesmo porque, tendo a defesa, no momento da inquirição da alegada testemunha, consentido com a realização do ato, nada questionando sobre a suposta nulidade, operou-se a preclusão da matéria.

Recurso não provido.

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, negar provimento ao recurso, 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.

Brasília, 1º de abril de 2014(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD

(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 27.938 - MS (2010/0055162-0)

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

RECORRENTE : VALDENIL FERREIRA XIMENES

ADVOGADOS : LUIZ DO AMARAL E OUTRO(S)
LUIZ RENÊ GONÇALVES DO AMARAL E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

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

Cuida-se de Recurso em *Habeas Corpus* interposto por VALDENIL FERREIRA XIMENES, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Extraí-se dos autos que o recorrente preso preventivamente e denunciado pela prática do delito previsto no art. 33, da Lei 11.343/06.

Irresignada, a defesa impetrou *mandamus* perante o Tribunal *a quo*, requerendo a revogação da segregação cautelar, bem como o reconhecimento de nulidade. A ordem foi concedida para determinar a revogação da segregação cautelar. nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS - ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06 - REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - DEMONSTRAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS - PRIMÁRIO, RESIDÊNCIA FIXA E TRABALHO LÍCITO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP - ORDEM CONCEDIDA.

Concede-se a ordem para possibilitar ao paciente responder o processo em liberdade, quando não se demonstra a presença dos requisitos que justifiquem a medida coercitiva (artigo 312, do CPP), e, ainda, quando preenchidos os requisitos subjetivos favoráveis.

Sendo o paciente primário, com residência fixa no distrito da culpa e ocupação lícita e inexistindo indícios que em liberdade poderá colocar em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, a sua prisão afigura-se como desnecessária, ensejando constrangimento ilegal.

O simples fato de o paciente residir próximo a um país fronteiriço - Paraguai, não implica a presunção de fuga. A mera suposição a possível evasão do distrito da culpa, não são suficientes para legitimar a custódia preventiva do paciente (fls. 285).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Opostos embargos de declaração, a Corte de origem se manifestou em acórdão assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS - OMISSÃO - MATÉRIA ALEGADA NÃO ANALISADA NO ACÓRDÃO - PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA - AFASTADA - EMBARGOS PROVIDOS SEM MODIFICAÇÃO DO JULGADO.

Se o acórdão recorrido não analisou matéria trazida pela parte quando da impetração do writ, necessária se faz o saneamento da omissão existente.

Não há falar em violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pela ausência do réu na audiência de inquirição das testemunhas, uma vez que exercida de maneira plena pelo advogado regularmente constituído presente ao ato processual.

A anulação do processo, em face da ausência do réu na inquirição de testemunhas, depende da comprovação de prejuízo causado à defesa, por se tratar de nulidade relativa (fls. 304).

Daí o presente recurso, no qual o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal consistente na ausência do réu durante a audiência de oitiva de testemunha da acusação, ocorrida no Juízo deprecado.

Salienta tratar-se de nulidade absoluta, estando evidente o prejuízo, tendo em vista a necessidade da testemunha fazer o reconhecimento da voz do acusado.

Pugna, assim pela anulação do processo.

Sem contrarrazões, o recurso foi admitido no Tribunal de origem (fls. 329).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 338/341).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 27.938 - MS (2010/0055162-0)

VOTO

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

Busca-se no presente recurso o reconhecimento da alegada nulidade consistente na ausência do réu em audiência de oitiva de testemunha da acusação.

Quanto ao ponto, o Tribunal de origem se manifestou nos seguintes termos:

O recorrente alegou, quando da impetração do writ, que o processo é nulo, por cerceamento de defesa, a partir da audiência da oitiva de uma testemunha por carta precatória nesta capital, porquanto o paciente estava preso e não foi requisitado para acompanhar o ato.

Tal pretensão não merece prosperar, porquanto já é pacífico na jurisprudência do STJ, que não há nulidade, mesmo que ausente réu quando da realização da audiência de inquirição das vítimas, se o mesmo estava representado por defensor nomeado para o ato e a defesa não comprovou a ocorrência de prejuízo.

[...].

Na hipótese, o embargante, apesar de não ter sido requisitado para comparecer na audiência de oitiva da testemunha Tadeu Gandolfo Kochi, seu advogado regularmente constituído estava presente, conforme documento de fls. 94.

Desse modo, não há falar em violação aos princípios de devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que exercida de maneira plena, pelo seu patrono.

Ademais, o defensor constituído do apelante estava presente à audiência e permaneceu inerte, concordando com a realização do ato.

Destarte, não há que se falar em nulidade do processo por cerceamento de defesa (fls. 309/310).

É certo que a jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que a presença do réu na audiência de oitiva das testemunhas é recomendável, mas não é indispensável para a validade do ato, sendo, portanto necessária a demonstração do efetivo prejuízo causado, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, uma vez que se trata de nulidade relativa. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INQUIRição DE TESTEMUNHAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA DA PENA PROPORCIONAL E BEM FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A presença de réu preso em audiência de inquirição de testemunhas, embora recomendável, não é indispensável para a validade do ato, consubstanciando-se em nulidade relativa, cujo reconhecimento exige a efetiva demonstração de prejuízo à Defesa, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

4. Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em habeas corpus, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

5. Hipótese em que a fixação da pena-base acima do mínimo legal, além de obedecer aos ditames da proporcionalidade, restou devidamente fundamentada, tendo sido reconhecida que a reprovabilidade da conduta do acusado exorbita a inerência do tipo, sobretudo diante da quantidade de drogas apreendidas (24kg de cocaína) e da condição de chefe da quadrilha.

6. Não há se falar em ofensa à Súmula n.º 241 desta Corte Superior, dado que o Paciente possuía diversas condenações anteriores com trânsito em julgado, sendo que uma delas serviu como agravante e as demais como maus antecedentes.

7. Ordem de habeas corpus não conhecida (HC 241.571/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 26/03/2014).

HABEAS CORPUS. HIPÓTESES DE CABIMENTO. NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DA VÍTIMA. NULIDADE RELATIVA. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. IMPRESCINDIBILIDADE. REGIME ABERTO. PREJUDICIALIDADE.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do habeas corpus, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

2. A ausência do réu na audiência de oitiva da vítima ou testemunhas não acarreta, por si só, a invalidação do processo, porquanto se trata de nulidade relativa, sendo imprescindível a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovação do prejuízo.

3. Unificada a pena imposta na presente ação penal a várias outras penas em sede de execução, esvaziado se mostra o pleito mandamental de fixação do regime aberto.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 268.629/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 09/10/2013).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CIRCULAÇÃO DE MOEDA FALSA (ART. 289, § 1º, DO CP). NULIDADE. INCOMPETÊNCIA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. LITISPENDÊNCIA. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE DEPOIMENTO DE CORRÉU. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. DEFENSOR. INTIMAÇÃO. AUDIÊNCIA EM JUÍZOS DEPRECADOS. DESNECESSIDADE. SÚMULA 273/STJ. REQUISIÇÃO. RÉU PRESO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO EXTINTA PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. UTILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CIRCULAÇÃO DAS MOEDAS FALSAS E PREJUÍZO DAS VÍTIMAS. ELEMENTOS INERENTES AO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. PENA DE MULTA. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO DELITUOSO.

1. A Corte a quo, para afastar a alegação de nulidade por incompetência do Juízo, utilizou dois fundamentos, distintos e autônomos, por si sós, para manter a sua conclusão. As razões do recurso especial, no entanto, impugnaram apenas um deles. Aplicação da Súmula 283/STF.

2. O acórdão recorrido, a partir da análise de circunstâncias fáticas, entendeu não haver litispendência entre as ações em confronto. Dessa forma, a revisão da conclusão do julgado demandaria incursão ao campo probatório, providência vedada em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

3. É inviável a análise da tese acerca da possibilidade de utilização de depoimento de corréu para a condenação, trazida apenas com base na alínea c do permissivo constitucional, pela falta de configuração do dissenso pretoriano.

4. O dissídio jurisprudencial, para que seja caracterizado, exige que, em situações fáticas idênticas, tenha havido a divergente interpretação do mesmo dispositivo de lei federal, o que não ocorre no caso concreto, em que não há a referida similitude, uma vez que o julgado recorrido e os paradigmas avaliaram questões de fato diferentes.

5. Inexiste nulidade pela falta de intimação do defensor acerca da data das audiências de oitiva de testemunhas nos juízos deprecados, pois, segundo jurisprudência pacífica desta Corte, é suficiente a intimação da expedição das precatórias (Súmula 273/STJ).

6. A falta de requisição do réu preso para a audiência de oitiva de testemunha, realizada no juízo deprecado, constitui nulidade relativa, para cujo reconhecimento é imprescindível a comprovação da ocorrência de prejuízo, o que não ocorreu no caso concreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. É possível a utilização, como maus antecedentes, de condenação criminal transitada em julgado, cuja pena aplicada foi declarada extinta pela prescrição da pretensão executória.

8. A declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, embora impeça a execução da pena, não afasta os efeitos penais secundários decorrentes da existência de condenação criminal que transitou em julgado, tais como a formação de reincidência e maus antecedentes. É hipótese diferente da prescrição da pretensão punitiva, cujo implemento fulmina a própria ação penal, impedito a formação de título judicial condenatório definitivo, e, por essa razão, não tem o condão de gerar nenhum efeito penal secundário.

9. O fato de as quarenta cédulas falsas terem circulado no comércio e de terem causado prejuízo às vítimas não se presta como fundamento para se considerar como negativas as consequências do crime, pois tais decorrências são elementos inerentes ao tipo penal de circulação de moeda falsa (art. 289, § 1º, do CP).

10. Existindo circunstância judicial desfavorável, que eleva a pena-base acima do mínimo (maus antecedentes), e demonstrada a falta de preenchimento dos pressupostos subjetivos, em razão de o recorrente ter-se foragido quando do cumprimento de reprimendas anteriores, as quais tiveram de ser extintas pela prescrição da pretensão executória, não há ilegalidade na fixação do regime inicial semiaberto e no indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

11. O salário mínimo a ser utilizado no cálculo do dia-multa é aquele vigente ao tempo dos fatos, nos termos expressos do art. 49, § 1º, do Código Penal.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte, para afastar a valoração negativa atribuída às consequências do crime e estabelecer o salário mínimo vigente ao tempo dos fatos como base de cálculo do valor do dia-multa, ficando a pena do recorrente redimensionada em 3 anos e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 18 dias-multa, no valor unitário de 1/5 do salário mínimo vigente à época do fato delituoso (REsp 1065756/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 17/04/2013)

No caso dos autos, a testemunha foi ouvida no Juízo deprecado, estando presente ao ato o advogado constituído pelo réu preso, mantendo-se silente quanto à alegada irregularidade, concordando com a realização da audiência.

Nesse contexto, a alegação do recorrente acerca do prejuízo consistente na necessidade da presença do réu na referida audiência para que a testemunha ouvida pudesse fazer o reconhecimento de sua voz não procede, tendo em vista a existência de perícia apropriada para tal constatação.

Ademais, em consulta ao endereço eletrônico do tribunal de origem, verificou-se que foi proferida sentença condenatória em 26.11.2010, na qual o Magistrado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

singular informa que o réu recusou a se submeter à perícia para verificação da procedência da voz impressa nas gravações realizadas pela Polícia Federal.

Assim, não havendo, *in casu*, demonstração de qualquer prejuízo concreto à defesa, que atuou ativamente durante toda a instrução do processo, não há de ser reconhecida a alegada nulidade, até mesmo porque, tendo a defesa, no momento da inquirição da alegada testemunha, consentido com a realização do ato, nada questionando sobre a suposta nulidade, operou-se a preclusão da matéria.

Diante do exposto, nego provimento ao presente recurso em *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0055162-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 27.938 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090287472

20090287472000101

EM MESA

JULGADO: 01/04/2014

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

RECORRENTE : VALDENIL FERREIRA XIMENES

ADVOGADOS : LUIZ DO AMARAL E OUTRO(S)

LUIZ RENÊ GONÇALVES DO AMARAL E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, 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.