



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.533 - SP (2015/0154423-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : CAUBI PEREIRA GOMES E OUTRO
ADVOGADO : CAUBI PEREIRA GOMES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADAIR JOSE PEREIRA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA O FIM DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NÃO OCORRÊNCIA. DILIGÊNCIAS DA DEFESA. SÚMULA N. 64/STJ. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o **juízo de razoabilidade** para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais. (**Precedentes do STF e do STJ**).

IV - **Na hipótese**, verifica-se que o eventual atraso no julgamento ocorreu em virtude de pedidos de diligências formulado exclusivamente pela defesa, fazendo incidir a **Súmula 64/STJ**, "*Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa*".

V - Lado outro, para fins de análise da legalidade da fundamentação da prisão preventiva, a ausência de cópia do decreto de prisão preventiva obsta o conhecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do **writ** por deficiência da instrução. (**Precedente**).

VI - Por fim, a oitiva de testemunhas sem a presença do réu constitui, quando muito, nulidade relativa, que somente pode ser reconhecida em caso de demonstração do efetivo prejuízo para a defesa (**pas de nullité sans grief**), incorrente **in casu**. (**Precedentes**).

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, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de abril de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.533 - SP (2015/0154423-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de ADAIR JOSÉ PEREIRA DA SILVA, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, posteriormente convertido em prisão preventiva, tendo sido denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal de origem requerendo a revogação da prisão cautelar e o reconhecimento da nulidade da oitiva das testemunhas. O pedido foi denegado em v. acórdão assim ementado:

"Habeas corpus tráfico de drogas alegação de ocorrência de nulidade, em decorrência de não apresentação do réu em audiência de instrução realizada em outra comarca, sob o argumento de prejuízo à autodefesa quanto ao mérito, pugna pela concessão da liberdade provisória, pois o art.44 da Lei de Tóxicos foi declarado inconstitucional pelo C.S.T.F. ou, ainda, revogação da prisão preventiva por excesso de prazo na formação da culpa assevera, por fim, que a r. decisão que decretou a prisão preventiva não está suficientemente fundamentada - requer, subsidiariamente, a aplicação das medidas cautelares previstas no art.319 do Código de Processo Penal inexistência de nulidade desnecessária a requisição do acusado para a oitiva de testemunhas ouvidas noutra comarca, por meio de carta precatória – Ademais, é matéria que poderá ser objeto de recurso próprio quanto ao mérito, constrangimento ilegal que não se mostra manifesto fortes indícios de autoria e materialidade réu acusado de crime grave, causador de perturbação e desassossego na sociedade primariedade e bons antecedentes não são requisitos que excluam a incidência dos pressupostos do art.312 do Código de Processo Penal entendimento dos Tribunais Superiores sobre a inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória não autoriza a concessão do benefício de forma indiscriminada, sem que seja analisada a presença ou não dos requisitos constantes para a prisão preventiva verificados os requisitos para a custódia cautelar, desnecessária a argumentação sobre a aplicação das medidas cautelares previstas no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art.319 do Código de Processo Penal alegação de excesso de prazo também não merece acolhimento o prazo para que se conclua o término da instrução criminal, em se tratando de réu preso, deve ser analisado caso a caso o critério atual é a verificação da tramitação processual e o seu cotejamento com o princípio da razoabilidade informações prestadas pela d. autoridade dita coatora relatando o escorreito curso processual inexistência de afronta ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência rejeitada a preliminar, ordem conhecida e denegada" (fl. 44).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal devido à **ausência de fundamentos idôneos que justifiquem a manutenção da prisão preventiva, uma vez que "a prisão do Paciente, é causa de coação espúria e ilegal, não justificando-a conjecturas e deduções, ou motivação genérica não servindo para o sacrifício do Direito de liberdade"** (fl. 24).

Aponta, ainda, o elevado tempo de prisão cautelar, perdura há 1 ano e 8 meses, sem perspectiva de finalização do processo, o que configuraria mais uma ilegalidade (fl. 25).

Alega, também, que houve cerceamento de defesa, uma vez que *"Na audiência de oitiva das testemunhas da acusação (policiais civis), realizada em juízo deprecado, o paciente não foi apresentado"* (fl. 33).

Requer, ao final, a concessão da ordem *"para a definitiva concessão da liberdade pretendida para que nesta condição aguarde o deslinde da ação penal instaurada"* (fl. 42).

A medida liminar foi indeferida às fls. 123-124.

As informações foram prestadas às fls. 150-154.

A d. Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo **não conhecimento** da impetração em v. parecer assim ementado:

"PENAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. NARCOTRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO. INEXISTÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. RAZOABILIDADE DO TRÂMITE PROCESSUAL. NEGATIVA DE LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO REPUTADA INCONSTITUCIONAL. REQUISITOS LEGAIS DA CUSTÓDIA ASSENTES. OITIVA DE TESTEMUNHA EM JUÍZO DEPRECADO. AUSÊNCIA DO RÉU.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO EFETIVO INDEMONSTRADO.
PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO" (fl. 165).*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.533 - SP (2015/0154423-0)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA O FIM DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NÃO OCORRÊNCIA. DILIGÊNCIAS DA DEFESA. SÚMULA N. 64/STJ. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o **juízo de razoabilidade** para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais (**Precedentes do STF e do STJ**).

IV - Na **hipótese**, verifica-se que o eventual atraso no julgamento ocorreu em virtude de pedidos de diligências formulado exclusivamente pela defesa, fazendo incidir a **Súmula 64/STJ**, "*Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa*".

V - Lado outro, para fins de análise da legalidade da fundamentação da prisão preventiva, a ausência de cópia do decreto de prisão preventiva obsta o conhecimento do **writ** por deficiência da instrução. (**Precedente**).

VI - Por fim, a oitiva de testemunhas sem a presença do réu constitui, quando muito, nulidade relativa, que somente pode ser reconhecida em caso de demonstração do efetivo prejuízo para a defesa (**pas de nullité sans grief**), inócua **in casu**. (**Precedentes**).

Habeas Corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (**v.g.**: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.**: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Pois bem.

Insta consignar, inicialmente, que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu **jus libertatis** antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

Neste sentido, cito o seguinte precedente do col. **Pretório Excelso**:

"EMENTA: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO CAUTELAR - FALTA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO) - INDISPENSABILIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA DE RAZÕES DE NECESSIDADE SUBJACENTES À UTILIZAÇÃO, PELO ESTADO, DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO - IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE CONTROLE DE LEGALIDADE DA DECISÃO QUE DECRETA A PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCENTADO PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES - PRECEDENTES - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A **privação cautelar da liberdade individual** - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Doutrina. Precedentes. **A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU.** - A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes. **INADMISSIBILIDADE DO REFORÇO DE FUNDAMENTAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES, DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR.** A legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço advindo de julgamentos emanados das instâncias judiciais superiores. Precedentes. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta (ou que mantém) o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas “a posteriori”. **A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.** - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes" (HC n. 93.498/MS, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 18/10/2012).*

No mesmo sentido é a sedimentada jurisprudência desta eg. Corte: AgRg no RHC n. 47.220/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014; RHC n. 36.642/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014; HC n. 296.276/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 27/8/2014; RHC n. 48.014/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 26/8/2014.

Pretende o paciente, em síntese, o relaxamento de sua prisão preventiva.

Contudo, da análise dos autos, verifico que o presente **writ não merece ser conhecido**.

Inicialmente, insta ressaltar que o prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir eventual excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética de tempo para a realização dos atos processuais.

A propósito, esta Corte, de longa data, já firmou jurisprudência neste sentido, conforme pode se depreender dos seguintes precedentes:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO, TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. COMPLEXIDADE DA CAUSA. VÁRIOS RÉUS, SENDO UM DELES, INCLUSIVE, MENOR. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA, PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE NÃO ULTRAPASSADOS. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER ACOLHIDO.

1. [...]

2. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que a verificação da ocorrência de excesso de prazo para a formação da culpa não decorre da simples soma dos prazos processuais, devendo ser examinadas as peculiaridades de cada caso, sempre observado o princípio da razoabilidade (art. 5º, LXXVII).

3. Na espécie, a complexidade da causa, que abrange vários crimes, os diversos réus envolvidos e a expedição de cartas precatórias mostram que o trâmite processual se encontra compatível com as particularidades do caso concreto, não se tributando aos órgãos estatais indevida letargia.

4. Recurso em habeas corpus improvido" (RHC n. 48.889/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 19/8/2014).

"PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E RECEPÇÃO. PRÉVIO MANDAMUS DENEGADO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DO CRIME. MODUS OPERANDI DELITIVO. LOGÍSTICA ENGENDRADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO. TENTATIVA ANTERIOR DE FUGA. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. INCIDENTES PROCESSUAIS. EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. DELONGA JUSTIFICADA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. [...]

2. [...]

3. A aferição da razoabilidade da duração do processo não se efetiva de forma meramente aritmética. É necessário ter em conta a complexidade da causa, a atuação estatal e das partes. In casu, verifica-se a interposição de incidentes processuais pelos defensores do paciente, em pleno exercício da ampla defesa, mostrando-se, assim, que o trâmite processual encontra-se compatível com as particularidades da causa, não se tributando, pois, aos órgãos estatais indevida letargia.

4. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 296.248/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 16/9/2014).

In casu, as informações prestadas pelo d. Juízo processante demonstram que as diligências que deram causa ao atraso na prestação jurisdicional foram requeridas pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defesa, conforme se extrai do expediente que passo a colacionar:

"Sirvo-me do presente para prestar as informações que me foram requisitadas, a fim de instruir os autos do HABEAS CORPUS nº 328533/SP, em que figura como paciente ADAIR JOSÉ PEREIRA DA SILVA.

O paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, "caput", da Lei nº 11.343 em 11 de novembro de 2013, tendo em vista o flagrante ocorrido em 24 de outubro de 2013.

A prisão em flagrante do paciente foi convertida em preventiva, conforme decisão proferida em 30 de outubro de 2013, sendo expedido de imediato o respectivo mandado de prisão.

A defesa do paciente ingressou com pedido de relaxamento da prisão cautelar, que foi indeferido.

Por despacho proferido em 06 de dezembro de 2013, foi determinada a citação e notificação do paciente. Expedido mandado em 09 de dezembro de 2013, o mesmo foi devidamente citado e notificado em 17 de dezembro de 2013.

Apresentada defesa preliminar dentro do prazo legal, foi a denúncia recebida em 19 de fevereiro de 2014 e designada audiência de interrogatório, instrução e julgamento para 19 de maio de 2014, às 17:00 horas.

Na data aprazada, a audiência não se realizou uma vez que a testemunha Wilson não foi localizada para intimação pessoal, tendo o d. Representante do Ministério Público desistido de sua oitiva e o d. Defensor insistido, requerendo prazo para sua localização, o que foi deferido, sendo então, designada audiência em continuação para 15 de julho de 2014, às 17:00 horas, quando seria interrogado o paciente.

Na data acima designada, o réu foi interrogado, determinando-se que se aguardasse a devolução das precatórias expedidas para oitiva das testemunhas.

Intimada a defesa em 18 de novembro de 2014 para se manifestar, no prazo de 03 (três), acerca da não localização da testemunha comum Wilson, deixou transcorrer "in albis" referido prazo, tornando-se assim, por despacho proferido em 27 de novembro de 2014 preclusa a prova em relação a testemunha.

A defesa em 11 de dezembro de 2014 ingressou com pedido de reconsideração do despacho que tornou preclusa a prova e com pedido de relaxamento da prisão preventiva em 09 de janeiro de 2015, sendo ambos os pedidos indeferidos por decisão de 29 de janeiro de 2015, encerrando-se assim a instrução processual e determinando para que as partes se manifestem nos termos do art. 402 do CPP.

O Ministério Público se manifestou em 21 de janeiro de 2015, nada requerendo, entretanto, a defesa em sua manifestação de 03 de fevereiro de 2015, requereu algumas diligências com expedição de ofícios: ao juízo que autorizou a interceptação telefônica, com a vinda a estes autos da cópia dos autos da cautelar; ao Cartório de Imóveis de Suzano, a fim de identificar o proprietário do imóvel do local dos fatos, bem como a SAP na tentativa de localizar a testemunha Wilson, estando os autos no aguardo das respostas acima.

Novo pedido de relaxamento e/ou revogação da prisão preventiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

formulado pela d. Defesa aos 11 de março de 2015 e também aos 11 de junho de 2015, sendo referidos pleitos novamente indeferidos por decisão datada de 15 de junho de 2015.

A d. Defesa requereu novamente o relaxamento e/ou revogação da prisão preventiva aos 08 de setembro de 2015, novamente indeferido por despacho datado de 16 de setembro de 2015.

Foi expedida carta precatória para oitiva da testemunha Wilson requerida pela d. Defesa, uma vez que se encontra preso na Penitenciária de Itapetininga I.

Os autos encontram-se aguardando a devolução da precatória, bem como do ofício expedido à Delegacia de Polícia.

Saliento, outrossim, que o paciente possui maus antecedentes e que as diligências são exclusivas da defesa" (fls. 150-152, grifei).

Assim sendo, não há se falar em **excesso de prazo** para conclusão do feito, se tal demora **é decorrente da atuação da defesa**, o que se coaduna com o consignado na **Súmula 64/STJ**, segundo a qual *"Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa."*

A propósito, nestes casos, esta Corte tem assim decidido:

"PENAL. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO CIVIL. RETIFICAÇÃO DO NOME DO ACUSADO. ALEGADA NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE DOS FATOS. VIA INIDÔNEA. EXCESSO DE PRAZO. CONTRIBUIÇÃO DA DEFESA. SÚMULA N. 64 DO STJ. AUTOS CONCLUSOS PARA O JUÍZO DE PRONÚNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. As provas até então colhidas abonam a correção da denúncia, em apontar a participação do paciente no evento criminoso, cuja tese defensiva por erro na identidade impende maior incursão no conjunto fático-probatório dos autos, iniciativa vedada nesta via eleita.

2. A inicial acusatória descreve de forma clara a conduta criminosa, com todas as circunstâncias que cercam o fato e a necessária classificação do delito, em obediência aos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal.

3. **Embora não seja expressiva a complexidade do feito, não se identifica constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo na instrução criminal, dada a contribuição da defesa no atraso do trâmite do processo (Súmula n. 64 desta Corte), cujos autos encontram-se atualmente conclusos para análise do juízo de pronúncia.**

4. **Habeas corpus não conhecido" (HC n. 278.843/PB, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 6/4/2015).**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MODUS OPERANDI. ASSEGURAÇÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL EM PLENÁRIO DO JÚRI. AMEAÇA ÀS TESTEMUNHAS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. TESE DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. RÉU PRONUNCIADO. SÚMULA N.º 21/STJ. ATRASO ATRIBUÍVEL À DEFESA. SÚMULA N.º 64/STJ. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. As decisões impugnadas demonstraram a existência dos crimes e de indícios suficientes de autoria e a necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública, a partir de dados concretos extraídos dos autos, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. A manutenção da prisão preventiva do Recorrente encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam a gravidade concreta da conduta, a indicar a necessidade da segregação provisória para a garantia da ordem pública. Isso porque, segundo consignou o Juízo processante, o Acusado e seu comparsa, a mando de outro corréu, "vêm, há algum tempo, matando diversos membros da mesma família", "que, ao que parece, está sendo dizimada pelos requeridos", por vingança.

3. O decreto de prisão preventiva consignou que as testemunhas do crime estariam sendo ameaçadas de morte pelos denunciados, os quais teriam declarado que toda a família das vítimas e testemunhas seriam exterminadas, o que demonstra a necessidade da medida extrema, também, para assegurar a segunda fase da instrução criminal, em especial diante do procedimento peculiar do Tribunal do Júri - *judicium accusationis* e *judicium causae*.

4. Não há excesso de prazo na formação da culpa, pois a instrução criminal encontra-se encerrada, sendo que o réu - preso em 08 de dezembro de 2012 - foi pronunciado e seu recurso em sentido estrito restou desprovido. Assim, revela-se plenamente aplicável ao caso o enunciado da Súmula n.º 21 desta Corte Superior, que dispõe o seguinte: "pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução".

5. Só há constrangimento ilegal por excesso de prazo quando esse for motivado pelo descaso injustificado do juízo, o que não ocorreu na presente hipótese, em que o prolongamento do processo ocorreu devido a requerimentos formulados pela própria defesa do Recorrente. **Incide, na hipótese, portanto, a Súmula n.º 64 deste Tribunal Superior, segundo a qual: "não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrução, provocado pela defesa".

6. Os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, porquanto variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os têm mitigado à luz do princípio da razoabilidade.

7. *Recurso ordinário desprovido*" (RHC n. 47.157/TO, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014).

No que pertine às alegações de inidoneidade da fundamentação da prisão preventiva, o presente **habeas corpus** não merece ser conhecido devido à deficiência da instrução.

Isto porque o impetrante não juntou aos autos cópia da decisão primeva de decretação da segregação cautelar, peça imprescindível à compreensão da controvérsia.

Sobre o tema, firmou-se no âmbito desta eg. Corte a orientação segundo a qual constitui ônus do impetrante instruir os autos com os documentos necessários ao devido exame da **quaestio**, sob pena de não conhecimento no **mandamus**.

Neste sentido, o seguinte precedente:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. DEFESA FALHA NA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ILEGALIDADE NA IMPOSIÇÃO DE REGIME FECHADO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE.

1. *O habeas corpus exige prova pré-constituída das alegações.*

2. *Segundo se observa dos documentos carreados aos autos, não consta cópia da sentença que teria aplicado incorretamente o regime fechado, nem da peça de recurso especial tida pelo ora agravante como nula.*

3. *Nem mesmo com a petição de agravo regimental foi sanada a deficiência na instrução do feito.*

4. *Agravo regimental improvido*" (AgRg no RHC n. 50.008/RO, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 19/09/2014).

Por fim, em relação à alegação de nulidade processual pela ausência do paciente na audiência de oitiva de testemunha, o **writ** também não merece ser conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o tema, assim se manifestou o eg. Tribunal de origem:

"Não há se falar em nulidade ante a ausência do acusado para a oitiva das testemunhas de acusação realizada na comarca da capital, por meio de carta precatória, vez que se verifica do termo reproduzido a fls.46/47, que presente o defensor do réu, ora impetrante, apto a realizar perguntas e permitindo o contraditório e a ampla defesa do acusado.

Ademais, para a oitiva de testemunhas noutra comarca, por precatória, é desnecessária requisição do acusado, que se encontrava preso em estabelecimento prisional distante.

[...]

Neste diapasão, frise-se que a sua ausência à audiência, não caracterizou nenhum prejuízo capaz de anular o feito, nos termos do art. 563 da legislação penal adjetiva.

Diante disso, não há se falar em nulidade processual" (fls. 47-48, grifei).

No caso em tela, não há flagrante constrangimento ilegal. Isso porque, consoante entendimento firmado por esta eg. Corte Superior, a oitiva de testemunhas sem a presença do réu constitui nulidade relativa, que somente pode ser reconhecida em caso de demonstração do efetivo prejuízo para a defesa (**pas de nullité sans grief**), o que não ocorreu **in casu**.

Ademais, conforme consignado no voto condutor do v. acórdão reprochado, a referida audiência contou com a presença do defensor do ora paciente, sendo-lhe franqueada a formulação de questionamentos, em atendimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Na mesma linha de inteligência manifestou-se o douto Subprocurador-Geral da República, conforme se extrai do seguinte excerto de seu v. parecer:

"Por fim, quanto à pretensa nulidade processual por falta de requisição do réu preso para comparecimento a audiência de oitiva de testemunha em comarca distinta cediço o entendimento jurisprudencial de que a ausência do acusado enseja nulidade relativa desde que arguída oportunamente fazendo-se mister comprovação de prejuízo, o que não se verificou na hipótese.

Da leitura dos autos (e-STJ, fls. 69/70) depreende-se que em apenas uma oportunidade inquiriu-se testemunha em juízo deprecado na ausência do réu, estando presente seu advogado, que se limitou a ventilar cerceamento de defesa sem apontar, objetivamente, em que teria consistido o prejuízo suportado pelo agente, e em que medida o seu comparecimento à audiência poderia auxiliar o causídico no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

questionamento às pessoas ouvidas, não logrando demonstrar ocorrência de danos efetivos à defesa, o que impede o reconhecimento da mácula suscitada" (fl. 170).

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes do eg. **Superior Tribunal de Justiça:**

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. INTIMAÇÃO DA DEFESA REALIZADA. INGRESSO DE NOVÉIS ADVOGADOS NOS AUTOS. DESNECESSIDADE DA REFEITURA DO ATO PROCESSUAL. INGRESSO NO FEITO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA. INTERAÇÃO DE ATOS JÁ EXAURIDOS. RESPONSABILIDADE DA NOVA DEFESA. FALTA DE INTIMAÇÃO DOS PATRONOS DA CARTA PRECATÓRIA. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA. VÍCIOS RELATIVOS. PECHA NO TRÂMITE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO. NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. RECURSO DESPROVIDO.

1. Expedida carta precatória para a oitiva de testemunhas em juízo deprecado, a defesa do réu à época foi intimada, não se mostrando plausível renovação do ato processual para a intimação dos novos causídicos constituídos.

2. A novel defesa ingressa no feito no estado em que se encontra, sendo de sua responsabilidade a interação dos atos processuais já exauridos.

3. Ademais, a falta de intimação da defesa da expedição da carta precatória para inquirição de testigos não prescinde da demonstração de um efetivo dano, conforme o enunciado sumular n.º 155 do Pretório Excelso.

4. Do mesmo modo, **a ausência do réu na audiência de oitiva de testemunhas não acarreta, por si só, a constatação de pecha no trâmite processual, porquanto tratar-se de nulidade relativa.**

5. **Não foi demonstrado o eventual prejuízo concreto sofrido pela defesa, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief.**

6. Recurso a que se nega provimento" (RHC n. 62.017/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 17/9/2015, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LATROCÍNIO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM PROPORCIONAL. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM NÃO COMPROVADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

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

2. Constata-se a utilização de elementos válidos para o aumento da pena-base em 2 anos, tendo em vista os maus antecedentes criminais e as circunstâncias negativas, não merecendo, no ponto, qualquer reparo o decisum impugnado, que, diante da margem discricionária do julgador para cominar a sanção entre as penas mínima e máxima previstas para o crime do art. 157, §3º, do Código Penal, isto é, 20 a 30 anos de reclusão, pouco se afastou do mínimo.

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

4. É cediço que, ostentando o réu mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência.

5. Alegação de valoração da mesma condenação em fases distintas na fixação da pena, o que acarretaria bis in idem, não comprovada.

6. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 163.779/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 3/3/2015).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0154423-0

HC 328.533 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00106508320138260606 106508320138260606 20068277120158260000 20150000354656
22902013

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CAUBI PEREIRA GOMES E OUTRO
ADVOGADO : CAUBI PEREIRA GOMES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADAIR JOSE PEREIRA DA SILVA (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."

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