



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 316.721 - RS (2015/0033896-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JOSE MAICON FERNANDES TORMES
PACIENTE : ELSON TOLENTINO DA SILVA AMARAL

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ANULAÇÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM POR VIOLAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CPP E SISTEMA ACUSATÓRIO. CONSEQUÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REPETIÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ERRO *IN PROCEDENDO*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O erro *in procedendo* constitui-se em erro de forma, decorrente da inobservância dos requisitos formais necessários para a prática de um ato processual, sendo sua consequência a invalidação do ato, com sua cassação, anulação e consequente repetição dos atos processuais atingidos, não sendo, pois, cabível absolvição que requer, para sua declaração, a constatação de erro *in judicando*.

3. No caso, tendo a Corte local se pronunciado pela nulidade da audiência de instrução e julgamento por vício que considerava insanável, procedeu à declaração de um erro *in procedendo* por parte do Magistrado, o qual não teria observado as prescrições do artigo 212 do Código de Processo Penal, malferindo, por conseguinte, o sistema acusatório, determinando, corretamente, o retorno dos autos ao Juiz de primeiro grau para repetição dos atos processuais.

4. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 316.721 - RS (2015/0033896-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JOSE MAICON FERNANDES TORMES
PACIENTE : ELSON TOLENTINO DA SILVA AMARAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de JOSÉ MAICON FERNANDES TORMES e ELSON TOLENTINO DA SILVA AMARAL, indicando como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n. 0001263-72.2014.8.21.7000).

Consta dos autos que JOSÉ MAICON e ELSON foram condenados, por infração aos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006, respectivamente, às penas de 8 anos e 8 anos e 2 meses de reclusão, ambos no regime semiaberto.

Irresignados, interpuseram recurso de apelação pugnando pela absolvição ou pela desclassificação da conduta para o delito descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006. O recurso foi provido, por maioria, para reconhecer a nulidade do feito e desconstituir a sentença condenatória, em razão da ausência do Ministério Público na audiência de instrução. Os embargos infringentes opostos pela defesa não foram acolhidos (e-STJ fls. 383/400).

Na presente impetração, a Defensoria Pública alega, em síntese, que *a ausência do Ministério Público à audiência não pode acarretar a nulidade da audiência, porque se assim ocorrer na prática o causador da nulidade estará sendo beneficiado* (e-STJ fls. 8 e 9).

Sustenta que a colheita da prova pelo Magistrado, diante da ausência do Ministério Público, representa verdadeira substituição ao órgão incumbido da acusação e afronta o sistema penal acusatório, evidenciando o prejuízo efetivo aos réus. Assim, defende



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a prova deve ser desconsiderada e os pacientes, consequentemente, absolvidos por insuficiência probatória.

Diante disso requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para cassar o acórdão impugnado e absolver o paciente.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 409/411.

Informações prestadas às e-STJ fls. 420/445, 448/478 e 480/499.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *mandamus* (e-STJ fls. 504/507).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 316.721 - RS (2015/0033896-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, deve-se verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

A defesa objetiva a absolvição do paciente ao fundamento de que a declaração de nulidade da audiência de instrução e julgamento ante a ausência do Ministério Público pelo Tribunal *a quo* deveria conduzir à absolvição e não à invalidação do ato com a consequente remessa do feito criminal à instância ordinária para repetição dos atos processuais.

Deve-se observar que, no caso dos autos, não se está discutindo a natureza da invalidade decorrente da ausência do Ministério Público à audiência de instrução, na qual se procedeu à oitiva de testemunhas e interrogatório dos réus, pois contra o acórdão que anulou toda a instrução criminal não foi interposto recurso pela acusação, havendo o trânsito em julgado da matéria, mas, sim, a consequência decorrente da referida anulação.

A Corte local ao reconhecer a nulidade da audiência de instrução e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo de primeiro grau para repetição dos atos processuais.

O erro *in procedendo* constitui-se em erro de forma, quando o Juiz não observa os requisitos formais necessários para a prática de um ato processual, sendo sua consequência a invalidação do ato, com sua cassação, anulação e não com sua reforma, razão pela qual somente cabível, naquelas hipóteses, o retorno dos autos à instância ordinária para refazimento do ato processual maculado, sendo inviável a absolvição dos pacientes que requer, para além de invalidação do ato, juízo de reforma decorrente de erro *in judicando*, hipótese, por ora, inexistente nos autos.

Aliás, nesse mesmo sentido já se pronunciou esta Corte Superior:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. NULIDADE RECONHECIDA PELO EG. TRIBUNAL A QUO, COM A CASSAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E RETORNO DOS AUTOS PARA RENOVAÇÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. 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 11/9/201; 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 - Não se verifica qualquer ilegalidade no acórdão reprochado que, em razão da ausência do Ministério Público em audiência de instrução, reconhece a existência de nulidade insanável por violação ao sistema acusatório, determinando a renovação da instrução processual.

IV - Reconhecida a nulidade insanável, portanto, tem-se como consequência lógica o refazimento do ato, não havendo se falar em possibilidade de anulação da prova e consequente absolvição do paciente com fulcro no art. 386, inciso VII, do CPP.

Habeas corpus não conhecido. (HC 316.719/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 16/10/2015).

RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA EM QUE FOI OUVIDA A TESTEMUNHA CITADA COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. JUIZ QUE SUBSTITUIU O ÓRGÃO ACUSATÓRIO NA PRODUÇÃO DA PROVA. CORTE LOCAL QUE ABSOLVEU O RÉU SOB O FUNDAMENTO DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO CRIMINAL. ILEGALIDADE PELA AUSÊNCIA DO PARQUET. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que da mera ausência do Ministério Público na audiência de oitiva de testemunhas não decorre a nulidade do ato, devendo a defesa oportunamente arguir a sua nulidade, com a devida comprovação do prejuízo imposto ao réu. Ressalva de entendimento pessoal.

2. No caso vertente, o magistrado de primeira instância fundamentou a condenação com base exclusivamente no depoimento do único policial dos inquiridos sob contraditório que se lembrou das circunstâncias do fato, em audiência marcada pela ausência do Ministério Público.

3. O Tribunal de Justiça, a seu turno, reformou a sentença, absolvendo o réu, por não aceitar como válida a produção de prova oral sem a presença do Ministério Público, em audiência em que se colheu o testemunho do policial que lastreara a condenação.

4. Recurso especial provido para, afastada a nulidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecida pelo Tribunal de origem, determinar o retorno dos autos a fim de que se retome o julgamento do mérito da apelação. (REsp 1493227/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016).

Assim, correto o entendimento do Tribunal de origem que, ao reconhecer erro *in procedendo* do Magistrado, determina o retorno dos autos à instância ordinária para repetição dos atos processuais.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0033896-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 316.721 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00032512420138210062 32512420138210062 70060136785

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: JOSE MAICON FERNANDES TORMES
PACIENTE	: ELSON TOLENTINO DA SILVA AMARAL

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

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.