



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.675 - PB (2014/0100883-3)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : **ANTÔNIO VINÍCIUS SANTOS DE OLIVEIRA**
ADVOGADO : **JOÃO ALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA**
PACIENTE : **SOLANGE BARBOSA DE OLIVEIRA (PRESO)**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. DEFESA PRELIMINAR E INTERROGATÓRIO DO RÉU. INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NA LEI N. 11.343/2006. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

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, ocasião em que se concede a ordem de ofício.

2. A inobservância do rito previsto na Lei n. 11.343/2006, pela falta de oportunidade para oferecimento de defesa preliminar, antes do recebimento da inicial acusatória (art. 55), constitui nulidade relativa que deve ser arguida oportunamente, sob pena de preclusão, com a demonstração de efetivo prejuízo à defesa (HC 238.170/MT, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012).

3. Hipótese em que o vício, arguido apenas por ocasião das alegações finais e nas razões do apelo, não trouxe qualquer prejuízo, já que apresentada, após o oferecimento da denúncia, aquela peça (a defesa preliminar) sem que fosse suscitada nenhuma irregularidade.

4. Na visão do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal, ainda que não tenha sido obedecido o aludido procedimento, a superveniência de sentença condenatória, que denota a viabilidade da ação penal, prejudica o reconhecimento da preliminar de nulidade.

5. Demonstrada a observância à ordem de inquirição dos réus e das testemunhas na audiência (art. 57 da Lei n. 11.343/2006), descabe falar em nulidade por desrespeito ao rito legal apenas pela inversão de juntada, por parte da serventia do Juízo, dos termos ali lavrados.

6. *Writ* 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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de março de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.675 - PB (2014/0100883-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado pela Defensoria Pública em favor de SOLANGE BARBOSA DE OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

Consta dos autos que a paciente foi condenada a cumprir pena de 5 anos de reclusão, além de multa, pela prática do crime definido no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 305/311), condenação mantida após a rejeição da apelação criminal da defesa.

No presente *writ*, pugna a impetração pelo reconhecimento de nulidade no feito, ante a inobservância do rito previsto na lei supramencionada, vício que teria sido arguido, sem sucesso, nas alegações finais e no recurso de apelação.

Sustenta que o magistrado, em afronta ao que preceituam os arts. 55 a 57 do aludido diploma, recebeu a denúncia sem ofertar à defesa oportunidade para apresentar defesa preliminar e inverteu a ordem de inquirição na audiência de instrução, ouvindo, antes do réu, as testemunhas e o Ministério Público.

Após aduzir afronta ao devido processo legal e a existência de prejuízo à defesa, requer a nulidade do feito, desde o recebimento da denúncia ou desde o interrogatório do acusado, bem como o redimensionamento da pena aplicada ao seu patamar mínimo e a aplicação da benesse do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, além da modificação do regime inicial.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República pela denegação da ordem (fls. 461/470).

Ofício encaminhado pelo em. Ministro Celso de Mello, acompanhado de documentos, solicitando informações para instruir a Medida Cautelar no HC 126.282, impetrada no STF (fls. 478/485), que restou respondido à fl. 489.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.675 - PB (2014/0100883-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

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.

Analisando a questão suscitada na presente impetração, destaco que a inobservância do rito previsto na Lei n. 11.343/2006, pela falta de oportunidade para oferecimento de defesa preliminar, antes do recebimento da inicial acusatória (art. 55), constitui nulidade relativa que deve ser arguida oportunamente, sob pena de preclusão, com a demonstração de efetivo prejuízo à defesa (HC 238.170/MT, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012).

In casu, o vício não foi arguido por ocasião do oferecimento da defesa preliminar, após o recebimento da denúncia (fls. 76 e 81/82), momento oportuno para tanto, mas apenas nas alegações finais (fls. 243/256) e nas razões do apelo (fls. 360/371), sendo digno de registro que não restou demonstrada a existência de algum prejuízo ao réu.

Ora, vigora no nosso sistema processual penal o princípio *pas de nullité sans grief*, insculpido no art. 563, do CPP, segundo o qual nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. É imprescindível a demonstração de concreto prejuízo, não bastando a mera alegação de nulidade.

Convém, ainda, assinalar que, na visão do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal, ainda que não tenha sido observado o aludido procedimento, a superveniência de sentença condenatória afasta a possibilidade de reconhecimento de qualquer nulidade.

Isso porque, o desiderato da defesa preliminar é oferecer ao acusado oportunidade para inviabilizar a instauração da ação penal. Sobrevindo decreto condenatório, fundado na prova produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, tem-se por presumido o atendimento daquele requisito processual.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DO ART. 514 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Compete ao Relator o julgamento de pedidos contrários à orientação predominante no Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal (art. 38 da Lei nº 8.038/1990 e art. 192, c/c o art. 312, ambos do RI/STF). 2. Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha fixado o entendimento de que a existência de inquérito policial não é causa para a dispensa da defesa referida no art. 514 do Código de Processo Penal, a Corte tem reiterados julgados reafirmando a necessidade de demonstração do prejuízo suportado pelo acusado para o acolhimento da alegação de nulidade da ação penal. Precedentes. 3. No caso, o recorrente, policial civil condenado pelo delito de concussão, afirma que a supressão da fase do art. 514 do Código de Processo Penal inviabilizou a demonstração de que ele não estaria no local dos fatos delitivos. 4. A simples alegação de que a defesa poderia ter suscitado, já nesta primeira oportunidade, questão de fato relativa à dinâmica do delito, por si só, não satisfaz o requisito legal (art. 563 do CPP) para o reconhecimento da nulidade invocada. Seja porque questões de fato podem ser submetidas ao Juízo e demonstradas durante a instrução criminal, seja porque, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, “a superveniência de sentença condenatória, que denota a viabilidade da ação penal, prejudica a preliminar de nulidade processual por falta de defesa prévia à denúncia” (HC 89.517/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso). 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 121094 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 15-09-2014).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. (1) PREVENÇÃO. ANTERIOR DISTRIBUIÇÃO DE MANDAMUS RELATIVO À MESMA AÇÃO PENAL. ARTIGO 71 DO RISTJ. (2) ARTIGO 514 DO CPP. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. DISCUSSÃO SUPERADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. (...). 2. Na linha dos precedentes desta Casa e do Pretório Excelso, tem-se por superada a alegação de nulidade por desrespeito o artigo 514 do Código de Processo Penal, em razão da superveniência de sentença condenatória. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC 54.004/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015).

Quanto à inversão da ordem de oitiva na audiência, o acórdão impugnado assentou ter sido observado o rito legal, "tendo apenas havido a inversão de juntada dos termos de inquirição de testemunhas e interrogatórios" por parte da serventia do Juízo (fl. 442).

De fato, na leitura do Termo de Audiência constante dos autos (fls. 203/206), vê-se que os acusados, entre eles a paciente, foram ouvidos em primeiro lugar, antes das testemunhas, embora o teor do depoimento desta tenha sido colacionado ao feito antes do aludido Termo (fls. 199/202).

A esse respeito, colaciono o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO ART. 400 DO CPP. REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO COMO ÚLTIMO ATO DE INSTRUÇÃO. VÍCIO NÃO CARACTERIZADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Nos termos do art. 394, § 2º, salvo disposições em contrário do Código de Processo Penal ou de lei especial, o procedimento comum será aplicado a todos os processos. Logo, possuindo a Lei 11.343/06 rito próprio, afastadas estão, em regra, as normas do procedimento comum.

2. O art. 57 da Lei 11.343/06 dispõe que o interrogatório inaugura a audiência de instrução e julgamento, ao contrário do rito do Estatuto Processual Penal que o fixou como último ato da instrução, nos termos do seu art. 400.

3. *In casu*, denota-se que o interrogatório foi realizado nos termos estabelecidos no rito especial da Lei de Drogas, razão por que não se verifica a existência de nulidade em face da alegada inobservância do art. 400 do CPP. (...).

AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A inobservância do rito procedimental previsto no art. 55 da Lei 11.343/2006, que estabelece a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, implica em nulidade relativa do processo, razão pela qual deve ser arguida no momento oportuno, sob pena de preclusão.

2. Não logrando a defesa demonstrar que foi prejudicada, impossível agasalhar-se a pretensão de anular o feito, pois no sistema processual penal pátrio nenhuma nulidade será declarada se não restar comprovado o efetivo prejuízo (art. 563 do CPP).

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. SISTEMA ACUSATÓRIO. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. EIVA RELATIVA. DEFESA SILENTE DURANTE A REALIZAÇÃO DO ATO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos.

2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito no processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

3. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, houve a produção das provas requeridas, sendo oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às testemunhas ouvidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente.

4. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal cuida-se de vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração da ocorrência do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nulidades o brocado *pas de nullité sans grief* positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal, nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo (Precedentes STJ e STF).

5. Constatando-se que a defesa do paciente permaneceu silente durante a audiência de instrução e julgamento, vindo a arguir a irregularidade somente na impetração do mandamus perante a Corte Estadual, a pretensão do impetrante encontra-se fulminada pelo instituto da preclusão. 6. Ordem denegada. (HC 152.776/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 17/11/2011)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *writ*.

Expeça-se ofício ao em. Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, relator da Medida Cautelar no HC 126.282/PB, comunicando-lhe o presente julgamento.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0100883-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 293.675 / PB

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01820110001130 01820110002757 1820110001130 1820110002757 999999

EM MESA

JULGADO: 10/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTÔNIO VINÍCIUS SANTOS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : JOÃO ALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PACIENTE : SOLANGE BARBOSA DE OLIVEIRA (PRESO)
CORRÉU : GERALDO TRAJANO

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.