



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 113.740 - SP (2008/0182099-7)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : **WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO E OUTROS**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ROGÉRIO AUGUSTO FRANCALASSI (PRESO)**

EMENTA

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. FEITO CONCLUSO PARA SENTENÇA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N.º 52 E 64 DO STJ. DEFESA PRÉVIA OPORTUNIZADA. DEFICIÊNCIA DO DEFENSOR DATIVO NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PELA NÃO ABERTURA DE PRAZO PARA SE MANIFESTAR SOBRE TESTEMUNHA NÃO ENCONTRADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. PEDIDO NÃO APRESENTADO AO JUÍZO PROCESSANTE. IDENTIFICAÇÃO DO RÉU EM AUDIÊNCIA. FALTA DE PROVA DO PREJUÍZO. *PAS DE NULITÉ SANS GRIEF*. LIBERDADE PROVISÓRIA. REITERAÇÃO DE PEDIDO DENEGADO PELA TURMA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.*

1. A demora da instrução criminal está justificada na complexidade da causa e decorre de atos processuais praticados pelas Defesas dos dezenove acusados. De todo modo, encontrando-se os autos conclusos para a prolação de sentença, tem-se por encerrado o sumário de culpa. Aplicação, *in casu*, dos enunciados das Súmulas n.º 52 e 64 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Inexiste desrespeito ao princípio constitucional da ampla defesa quando o Magistrado notifica pessoalmente o réu para apresentação de defesa preliminar e, diante de sua inércia, nomeia Defensor Dativo para oferecê-la.

3. Não há como reconhecer nulidade no processo-crime, em razão da ineficiência do causídico nomeado para oferecer a defesa preliminar em favor do Paciente, porquanto não restou configurado nenhum prejuízo em decorrência de sua participação no processo.

4. O alegado constrangimento ilegal pela ausência de intimação da Defesa do Paciente para se manifestar sobre a devolução de carta precatória, insistindo no depoimento de testemunha não encontrada, não foi suscitado e, tampouco, apreciado pelo o Tribunal *a quo*, logo, manifesta incompetência desta Corte Superior de Justiça para apreciar originariamente a matéria, sob pena de supressão de instância.

5. A realização de exame de dependência toxicológica não foi sequer solicitada ao Juízo processante, motivo pelo qual o acórdão impugnado, corretamente, não conheceu da alegação de cerceamento de defesa.

6. Inexiste ilegalidade na identificação do réu em audiência perante as testemunhas de acusação, e não houve a demonstração do efetivo prejuízo sofrido pelo suposto fato de elas terem conversado fora da sala de audiências. Aplicação do princípio *ne pas de nulité sans grief*.

7. O pedido de liberdade provisória é mera reiteração de pedido formulado nos autos do HC n.º 85.068/SP, da minha relatoria, denegado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

8. *Habeas corpus* parcialmente conhecido. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de maio de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 113.740 - SP (2008/0182099-7)

IMPETRANTE : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGÉRIO AUGUSTO FRANICALASSI (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ROGÉRIO AUGUSTO FRANICALASSI, preso em flagrante delito, em 11 de dezembro de 2006, denunciado pela prática, em tese, do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, em face de acórdão denegatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sustenta o Impetrante, de início, excesso de prazo na formação da culpa.

Defende, ainda, nulidade do processo-crime em razão da inobservância do rito procedimental previsto na Lei n.º 10.409/02, porque o Juízo processante indeferiu o pedido de novo prazo para apresentar a Defesa Preliminar, feito pelo advogado posteriormente constituído pelo Paciente.

Afirma que a Defesa do acusado não foi intimada para se manifestar sobre a oitiva de testemunha não encontrada e sobre outras provas que pretendia produzir, em ofensa ao disposto nos arts. 405 e 499 do Código de Processo Penal.

Diz, mais, que há constrangimento ilegal porque o Paciente não foi submetido ao exame de dependência toxicológica e irregularidades na audiência de instrução.

Aduz, por fim, que o Paciente faz jus ao benefício da liberdade provisória.

Requer, pois, liminarmente e no mérito, a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente.

Em razão da aparente plausibilidade do direito invocado, solicitei as informações pormenorizadas à Autoridade Impetrada, mormente esclarecimentos sobre o rito procedimental adotado pelo juízo sentenciante para, após, apreciar o pedido liminar.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 57/147, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 149/150.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 153/162, opinando pelo parcial conhecimento e, na parte conhecida, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 113.740 - SP (2008/0182099-7)

EMENTA

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. FEITO CONCLUSO PARA SENTENÇA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N.º 52 E 64 DO STJ. DEFESA PRÉVIA OPORTUNIZADA. DEFICIÊNCIA DO DEFENSOR DATIVO NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PELA NÃO ABERTURA DE PRAZO PARA SE MANIFESTAR SOBRE TESTEMUNHA NÃO ENCONTRADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. PEDIDO NÃO APRESENTADO AO JUÍZO PROCESSANTE. IDENTIFICAÇÃO DO RÉU EM AUDIÊNCIA. FALTA DE PROVA DO PREJUÍZO. *PAS DE NULITÉ SANS GRIEF*. LIBERDADE PROVISÓRIA. REITERAÇÃO DE PEDIDO DENEGADO PELA TURMA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.*

1. A demora da instrução criminal está justificada na complexidade da causa e decorre de atos processuais praticados pelas Defesas dos dezenove acusados. De todo modo, encontrando-se os autos conclusos para a prolação de sentença, tem-se por encerrado o sumário de culpa. Aplicação, *in casu*, dos enunciados das Súmulas n.º 52 e 64 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Inexiste desrespeito ao princípio constitucional da ampla defesa quando o Magistrado notifica pessoalmente o réu para apresentação de defesa preliminar e, diante de sua inércia, nomeia Defensor Dativo para oferecê-la.

3. Não há como reconhecer nulidade no processo-crime, em razão da ineficiência do causídico nomeado para oferecer a defesa preliminar em favor do Paciente, porquanto não restou configurado nenhum prejuízo em decorrência de sua participação no processo.

4. O alegado constrangimento ilegal pela ausência de intimação da Defesa do Paciente para se manifestar sobre a devolução de carta precatória, insistindo no depoimento de testemunha não encontrada, não foi suscitado e, tampouco, apreciado pelo o Tribunal *a quo*, logo, manifesta incompetência desta Corte Superior de Justiça para apreciar originariamente a matéria, sob pena de supressão de instância.

5. A realização de exame de dependência toxicológica não foi sequer solicitada ao Juízo processante, motivo pelo qual o acórdão impugnado, corretamente, não conheceu da alegação de cerceamento de defesa.

6. Inexiste ilegalidade na identificação do réu em audiência perante as testemunhas de acusação, e não houve a demonstração do efetivo prejuízo sofrido pelo suposto fato de elas terem conversado fora da sala de audiências. Aplicação do princípio *ne pas de nulité sans grief*.

7. O pedido de liberdade provisória é mera reiteração de pedido formulado nos autos do HC n.º 85.068/SP, da minha relatoria, denegado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

8. *Habeas corpus* parcialmente conhecido. Ordem denegada.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Infere-se dos autos que o Paciente foi preso em flagrante delito pela prática, em tese, dos crimes de tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes na Comarca de Praia Grande, Estado de São Paulo, em uma refinaria onde entorpecentes eram manipulados e industrializados, tendo-lhe sido negado o pedido de liberdade provisória.

Posteriormente, o Juízo de Direito da Comarca de São Bernardo do Campo, também no Estado de São Paulo, acolheu a prevenção para o julgamento do Paciente, que integra uma organização criminosa com atuação em várias cidades, ratificando a decisão que preservou-lhe sua custódia cautelar.

De início, cumpre ressaltar que o Impetrante tem exaustivamente impugnado a custódia cautelar decretada em desfavor do Paciente e de seus corréus, impetrando sucessivos *habeas corpus* (cerca de quatorze, até o momento), sempre reiterando argumentos já afastados outras impetrações em favor dos demais acusados.

Todavia, o constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa se renova com o decorrer do tempo. Assim, apesar de a tese defensiva já ter sido objeto de análise pela Quinta Turma nos autos do HC n.º 87.918/SP, da minha relatoria, denegado na sessão de julgamento do dia 20 de fevereiro de 2008, não se configura a reiteração de pedido nesse ponto.

Pois bem, vê-se que não há desídia na condução da fase instrutória. Percebe-se, ao revés, que a demora na conclusão da instrução criminal deu-se, basicamente, em razão da complexidade dos fatos, do elevado número de réus, presos em outras Comarcas, e da necessidade de expedição de inúmeras cartas precatórias, inclusive a pedido das Defesas.

De todo modo, encerrou-se o sumário de culpa, porquanto a ação penal está na fase de prolação de sentença, consoante informações obtidas no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça paulista, juntadas nos autos do HC n.º 113742/SP.

Ademais, da simples leitura do andamento processual, vê-se que a demora no desfecho do processo decorre de atos processuais praticados pelas Defesas dos dezenove acusados, que por pedirem inúmeras diligências e impetrarem diversos *habeas corpus*, há mais de um ano, impedem o Magistrado de sentenciar o feito.

Aplica-se portanto, *in casu*, dos enunciados das Súmulas n.º 52 e 64 do Superior Tribunal de Justiça.

No tocante à inobservância pelo Juízo processante do rito procedimental previsto na Lei n.º 10.409/02, do que se deduz de suas confusas razões, o Impetrante afirma que houve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cerceamento de defesa porque após a nomeação de advogado pelo Paciente, o Juízo indeferiu a reabertura do prazo para apresentar nova defesa preliminar, que teria sido oferecida de forma deficiente pelo Defensor Dativo.

Contudo, ao contrário do que afirma o Impetrante, diz o acórdão impugnado que o Juízo processante observou o rito procedimental previsto na Lei n.º 11.343/06 e notificou pessoalmente o réu para apresentação de defesa preliminar, portanto, inexistente desrespeito ao princípio constitucional da ampla defesa, sobretudo porque diante da inércia do acusado, o Juízo nomeou Defensor Dativo para oferecer a defesa preliminar.

Frise-se, ainda que não restou configurado, na espécie, de forma concreta e efetiva, quaisquer prejuízos ao Paciente em decorrência da participação do defensor primitivo no processo. Ao contrário, o Defensor Dativo apresentou a defesa preliminar corretamente, arrolando testemunhas e, inclusive oferecendo exceção de incompetência.

Outro não foi o entendimento do acórdão impugnado:

"Não há que se falar em intimação da defesa técnica constituída, posto que foi ofertada defesa preliminar pela defesa dativa, tendo sido arroladas testemunhas comuns, arguindo, inclusive, exceção de incompetência, a qual foi rejeitada (fls. 1645/1647). Aliás, segundo informado pelo Juízo impetrado, os detidos foram notificados pessoalmente para apresentar defesa preliminar e tendo Rogério não o feito, foi nomeado defensor dativo." (fl. 143)

Com efeito, inexistente qualquer nulidade pois o Juízo seguiu corretamente o rito processual previsto na Lei n.º 11.343/06, abrindo prazo para a defesa preliminar. Afinal, mera nomeação posterior de causídico pelo acusado não tem o condão de desconstituir o recebimento da denúncia, reabrindo o prazo processual para manifestação já oferecida de forma eficaz pelo Defensor Dativo.

Já no que diz respeito a ausência de intimação do causídico para se manifestar sobre a devolução de carta precatória insistindo na oitiva de testemunha não encontrada, em ofensa ao disposto nos arts. 405 e 499 do Código de Processo Penal, observa-se que a matéria não foi suscitada na ordem originária, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em sendo assim, não há como ser conhecida a impetração, nessa parte, diante da manifesta incompetência desta Corte Superior de Justiça (art. 105, inciso II, alínea *a*, da Constituição da República) para apreciar originariamente a matéria, sob pena de supressão de instância.

Em relação ao cerceamento de defesa pela não realização de exame de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dependência toxicológica, o acórdão do Tribunal de Justiça reconheceu, corretamente, que não existe nulidade, visto que o pedido sequer foi feito ao Juízo processante e, nesse contexto, não conheceu a impetração. Da mesma forma, a análise da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça implicaria em supressão de instância.

A respeito da alegada nulidade da audiência de instrução e julgamento, por contrariedade aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sustenta o Impetrante a existência de constrangimento ilegal porquanto o Juiz processante teria identificado e individualizado o réu perante as testemunhas de acusação e permitido que elas conversassem entre si no intervalo da audiência.

Nesse particular, o acórdão considerou, de forma escoreita, que o procedimento é perfeitamente possível e apenas demonstrou *"a preocupação do Juízo em realizar uma instrução dos autos da maneira mais perfeita e organizada possível, já que com tal atitude, torna-se mais fácil o julgamento e, inclusive, assegura a ampla defesa dos acusados, na medida em que com a identificação desses, individualiza-se suas ações, evitando-se dessa forma um julgamento de forma genérica e injusta"* (fl. 144).

Acrescentou, ainda, que:

"No que diz respeito à alegação de que no momento da audiência, testemunhas ouvidas teriam conversado com testemunhas ainda não ouvidas, qualquer irregularidade deveria ter sido comunicada no momento oportuno, o que conforme salientado, foi feito, tanto que as testemunhas foram contraditadas e o fato foi esclarecido" (fl. 144).

Destaco que, no processo penal, só se declara nulidade se houver efetivo prejuízo, no caso indemonstrado, conforme reza o art. 563 do Código de Processo Penal, que materializa a máxima francesa *ne pas de nullité sans grief*.

Nessa linha, os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 171 C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. DISPENSA DE TESTEMUNHA DE DEFESA DO CO-RÉU. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE DO PROCESSO. INOCORRÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO SOFRIDO.

I - A dispensa da testemunha de defesa do co-réu, in casu, não constitui causa de nulidade, uma vez que, além de presente à audiência o defensor do ora paciente, não foi demonstrado o prejuízo sofrido (pas de nullité sans grief).

II - A deficiência na defesa do réu é nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da efetiva demonstração do prejuízo sofrido pelo acusado em decorrência da má atuação de seu defensor (Súmula nº523-STF/Precedentes), o que não sucedeu não hipótese vertente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem denegada." (Resp 790780/SC, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 08/10/2007.)

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO E COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. CITAÇÃO PESSOAL EM OUTRA COMARCA. DESNECESSIDADE DE CARTA PRECATÓRIA. COMARCAS CONTÍGUAS, DE FÁCIL COMUNICAÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 230 DO CPC. ADVOGADO CONSTITUÍDO. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE. NÃO-IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. ART. 571, II, DO CPP. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o princípio pas de nullité sans grief, contido no art. 563 do CPP, a declaração de nulidade só deve ocorrer quando efetivamente restar demonstrado o prejuízo. 2. "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito" (art. 3º do CPP).

[...] 7. Ordem denegada." (HC 48228/PB, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES DE LIMA, DJ de 20/10/2008.)

Por fim, sobre o pedido de liberdade provisória, vislumbro a existência de reiteração de pedido formulado nos autos do HC n.º 85.068/SP, da minha relatoria, denegado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento do dia 07 de fevereiro de 2008.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do *habeas corpus* e, na parte conhecida, DENEGO A ORDEM.

É o voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0182099-7

HC 113740 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11626263 2342007 5640120070046880

EM MESA

JULGADO: 04/05/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WAGNER PAULO DA COSTA FRANCISCO E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ROGÉRIO AUGUSTO FRANCALASSI (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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de maio de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário