



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.820 - SP (2016/0141744-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : HENRIQUE FERRO E OUTRO
ADVOGADO : HENRIQUE FERRO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WEENDEL CRISTIANO CALADO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FALTA DE REQUISIÇÃO DE RÉU PRESO PARA AUDIÊNCIA NO JUÍZO DEPRECADO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NULIDADE RELATIVA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS À DEFESA. EIVA NÃO CARACTERIZADA.

1. Não há nas peças que instruem o presente *mandamus* quaisquer documentos que evidenciem que o paciente não teria sido requisitado para a audiência realizada no juízo deprecado, ou que dela não teria participado por desídia do Estado, o que impede o reconhecimento da eiva suscitada na impetração.

2. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa.

3. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que, embora o réu tenha direito a participar da produção da prova oral, a sua ausência é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da arguição oportuna, bem como da demonstração do efetivo prejuízo por ele suportado.

4. Na espécie, observa-se que os advogados dos réus cingiram-se a afirmar que a participação dos acusados poderia contribuir com a sua defesa, deixando de demonstrar, contudo, de que forma poderiam interferir ou alterar nos questionamentos e nas respostas formulados na solenidade a que não estiveram presentes, bem como em que medida os depoimentos colhidos na oportunidade poderiam interferir desfavoravelmente na análise



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de sua culpabilidade, fatores que demonstram a inexistência de mácula apta a contaminar o processo.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.820 - SP (2016/0141744-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : HENRIQUE FERRO E OUTRO
ADVOGADO : HENRIQUE FERRO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WEENDEL CRISTIANO CALADO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WEENDEL CRISTIANO CALADO, apontando como autoridade coatora a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC n. 2050916-48.2016.8.26.0000.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado como incurso nos artigos 33 e 35, combinados com o artigo 40, incisos III e IV, todos da Lei 11.343/2006.

Buscando a anulação da ação penal, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustentam os impetrantes que o acusado e demais corréus não teriam sido requisitados para a audiência de instrução realizada no juízo deprecado, não tendo participado do ato, o que ensejaria a nulidade do feito e o relaxamento de sua prisão por excesso de prazo.

Alegam que a eiva em questão teria natureza absoluta, sendo presumidos os prejuízos suportados pela defesa.

Argumentam que na aludida assentada teriam sido inquiridos os policiais responsáveis pela prisão do paciente, cuja participação seria necessária para elucidar eventuais dúvidas acerca dos fatos e apreensões realizadas por ocasião do flagrante.

Requerem a concessão da ordem para que o processo seja anulado a partir da audiência de oitiva das testemunhas de acusação.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 94/95.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (e-STJ fls. 105/106 e 108/109), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 209/214, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.820 - SP (2016/0141744-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a anulação da ação penal desde a audiência em que ouvidas as testemunhas de acusação no juízo deprecado.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Da análise dos autos, constata-se que, embora a defesa alegue que o paciente não teria sido apresentado para a audiência realizada no juízo deprecado, não há, nas peças processuais que instruem o presente *mandamus*, quaisquer documentos que evidenciem que não teria sido requisitado para o ato, ou que dele não teria participado por desídia do Estado, o que impede o reconhecimento da eiva suscitada na impetração.

Como é cediço, o procedimento do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentação que evidencie a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiram os impetrantes, profissionais da advocacia.

Nessa direção, orienta-se a jurisprudência pacífica desta colenda Corte Superior de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. (...) INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

3. Não tendo sido juntado aos autos o decreto preventivo, fica inviável a comprovação da alegada ausência de fundamentos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência de constrangimento ilegal imposto.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 359.225/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. (...) AFASTAR REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ÔNUS DA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

4. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa. Precedentes.

5. In casu, o Tribunal a quo, atento ao acervo probatório, concluiu que o paciente era reincidente, e entender em sentido contrário demandaria exame de documentação relativa aos antecedentes do paciente, que não foi acostada aos autos nem foi suscitado pela Defensoria, o que impede a análise do mencionado constrangimento ilegal.

6. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 303.310/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 21/06/2016)

Ademais, consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que, embora o réu tenha direito a participar da produção da prova oral, a sua ausência é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da arguição oportuna, bem como da demonstração do efetivo prejuízo por ele suportado.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. RÉU PRESO. NULIDADE RELATIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INOBSERVÂNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO À AMPLA DEFESA.

1. Em diversas oportunidades já manifestou-se esta Corte no sentido de que, embora recomendável, a presença do réu em audiência de inquirição de testemunhas não é indispensável para a validade do ato, revestindo-se de verdadeira nulidade relativa e exigindo, por este motivo, a efetiva demonstração do prejuízo para a sua decretação.

2. No presente caso, não restou demonstrado eventual prejuízo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois, em oportunidade anterior, o acusado já havia sido ouvido em juízo, além do que, conforme consignou a magistrada condutora do ato, a presença do réu em audiência seria irrelevante, uma vez que as vítimas únicas a serem ouvidas na ocasião, solicitaram, previamente, que suas declarações fossem tomadas sem a presença física dos dois acusados.

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no RHC 46.755/RN, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 16/06/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LATROCÍNIO. (...) AUSÊNCIA DO RÉU PRESO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. (...) CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

(...)

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.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 163.779/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 03/03/2015)

HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECLUSÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

2. A ausência do réu preso na audiência de instrução e julgamento não acarreta, por si só, nulidade do processo, porquanto se trata de nulidade relativa, devendo, portanto, demonstrar-se o efetivo prejuízo.

3. In casu, o ato instrutório foi acompanhado pela advogada constituída, de modo que não há efetiva comprovação de prejuízo à ampla defesa do paciente. Ademais, nos termos do aresto atacado, a defesa não arguiu a nulidade ora apontada na audiência e "nem, posteriormente, nas outras duas oportunidades que teve para se manifestar, apresentou qualquer insurgência a respeito", de modo que a matéria está preclusa.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 252.793/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014)

Na mesma esteira é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. OITIVA DE TESTEMUNHAS SEM A PRESENÇA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RÉU PRESO. DISPENSA PELO ADVOGADO CONSTITUÍDO. INTELIGÊNCIA DO ART. 565 DO CPP. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. SUPOSTO VÍCIO OCORRIDO NA INSTRUÇÃO QUE DEVERIA TER SIDO SUSCITADO EM ALEGAÇÕES FINAIS (ART. 571, I DO CPP). ORDEM DENEGADA.

1. A ausência do paciente na audiência de oitiva de testemunhas não constitui nulidade de modo a comprometer os atos processuais, na medida em que, além de o paciente não ter manifestado a intenção de comparecer ao ato processual, houve expressa dispensa por parte do advogado constituído. Não cabe, portanto, a alegação de cerceamento de defesa, a teor do que dispõe o art. 565 do CPP: "Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido". 2. Ademais, em sede de repercussão geral, o Tribunal fixou o entendimento, mutatis mutandis aqui aplicável, de que não há nulidade na realização de audiência de oitiva de testemunha por carta precatória, se ausente réu preso que não manifestou expressamente a sua intenção em participar da audiência (RE 602.543-QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO). 3. Não se pode ignorar, ainda, que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o reconhecimento de nulidade dos atos processuais, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte (CPP, art. 563). 4. Na espécie, entretanto, o impetrante sequer indicou de que modo a renovação dos referidos atos processuais poderia beneficiar o paciente, limitando-se a tecer considerações genéricas sobre o princípio do devido processo legal. Caso a parte se considerasse prejudicada em seu direito, poderia ter se manifestado na audiência, em preliminar de alegações finais, ou até mesmo nos recursos interpostos contra a sentença de pronúncia (CPP, art. 571). Ocorre que a insurgência só foi veiculada depois do trânsito em julgado da sentença de pronúncia, vale dizer, cinco anos após a prática do ato processual. 5. Ordem denegada.

(HC 120759, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 28/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014)

EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Crimes de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º). Pretensão ao reconhecimento de nulidade absoluta dos feitos diante da ausência do réu à inquirição das testemunhas. Não conhecimento do writ pelo Superior Tribunal de Justiça, por ser ele substitutivo do recurso ordinário cabível. Não ocorrência de nulidade absoluta. Recurso não provido. 1. Não discrepa do entendimento dominante na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido da inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário. Precedentes. Ressalva do entendimento do Relator. 2. A Suprema Corte firmou o entendimento de que a ausência do réu, preso em outra localidade, à audiência de inquirição de testemunha, não implica a nulidade absoluta dessa (RE nº 602.543 QO-RG/RS, da relatoria do Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cezar Peluso, DJe de 26/2/10). 3. A declaração de nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal. Precedentes. 4. Recurso a que se nega provimento. (RHC 120661, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 06/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 30-05-2014 PUBLIC 02-06-2014)

Na espécie, da leitura da ata de fls. 48/53, observa-se que os advogados dos réus cingiram-se a afirmar que a participação dos acusados poderia contribuir com a sua defesa, deixando de demonstrar, contudo, de que forma poderiam interferir ou alterar nos questionamentos e nas respostas formulados na solenidade a que não estiveram presentes, bem como em que medida os depoimentos colhidos na oportunidade poderiam interferir desfavoravelmente na análise de sua culpabilidade, fatores que demonstram a inexistência de mácula apta a contaminar o processo.

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0141744-3

HC 357.820 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021305520158260642 20160000327395 20509164820168260000 21305520158260642

EM MESA

JULGADO: 23/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: HENRIQUE FERRO E OUTRO
ADVOGADO	: HENRIQUE FERRO E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WEENDEL CRISTIANO CALADO (PRESO)
CORRÉU	: SUELLEN OLIVEIRA CARVALHO DOS SANTOS
CORRÉU	: FELIPE CARDOSO CORREIA
CORRÉU	: VALMIR ALEX DA SILVA
CORRÉU	: BRUNO HENRIQUE BORGES CAMPISSI
CORRÉU	: MARCOS PAULO PIRES
CORRÉU	: SIDINEI DA SILVA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.