

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.287 - PB (2013/0214776-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : FRANCISCO CANINDÉ JOTA (PRESO)
ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ DE MEDEIROS JUSTO E OUTRO(S) - RN004727
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/2006 E ARTS. 12 E 14 DA LEI N. 10.826/2003. AUDIÊNCIAS DE OITIVA DE TESTEMUNHAS E INTERROGATÓRIO DE CORRÉU. EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. INTIMAÇÃO PELO JUÍZO DEPRECADO QUANTO À DATA DOS ATOS PROCESSUAIS. REQUISIÇÃO. RÉU PRESO. DIREITO ABSOLUTO DE PRESENÇA. INEXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. COLIDÊNCIA DE DEFESAS. NOMEAÇÃO DE UM ÚNICO DEFENSOR DATIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PROCEDIMENTO ESPECIAL PREVISTO NOS ARTIGOS 55 E SEQUINTE DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. NOVO ENTENDIMENTO DO STF (HC N. 127.900). ARTIGO 400 DO CPP. PRIMAZIA DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CONFIGURAÇÃO. COMPLEXIDADE DA CAUSA. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ARTIGO 319 DO CPP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a ausência de intimação da defesa da expedição de carta precatória para inquirição de testemunhas e interrogatório de corréu é causa de nulidade relativa, o que impõe sua arguição em momento oportuno e a demonstração de efetivo prejuízo, o que, entretanto, não ocorreu no caso em apreço (HC 340.327/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 10/03/2016). No caso, inexistente prejuízo quanto à ausência de intimação do advogado constituído pelo recorrente quanto à expedição da carta precatória, pois, conforme assentado no acórdão recorrido, a despeito da inexistência daquela, o causídico foi devidamente intimado quanto à data em que os próprios atos processuais ocorreriam no Juízo deprecado.

2. A alegação de nulidade relativa após mais de dois anos da prática do ato processual, demonstra a preclusão do tema. Precedentes.

3. O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa e arguição em momento oportuno, o que não ocorreu no caso dos autos.

4. A colidência de defesas só está configurada quando um réu atribui ao outro a prática criminosa que, por sua natureza, só pode ser imputada a um único acusado, de modo que a condenação de um ensejará, obrigatoriamente, a absolvição do outro, ou quando o delito tenha sido praticado de maneira que a culpa de um réu exclua a do outro. Não sendo tais situações analisadas pela Corte de origem, inviável o seu exame direto por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

5. O Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, no julgamento do HC n. 127.900/AM, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 3/3/2016, e publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 3/8/2016, ressaltou que a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o artigo 400 do CPP, é aplicável no âmbito dos procedimentos especiais, preponderando o princípio da ampla defesa sobre o princípio interpretativo da especialidade. Assim, em procedimentos ligados à Lei Antitóxicos, o interrogatório, igualmente, deve ser o último ato da instrução, observando-se que referido entendimento será aplicável a partir da publicação da ata de julgamento às instruções não encerradas.

6. No caso, o Juiz de primeiro grau determinou que fosse observado o procedimento insculpido no artigo 400 do CPP, priorizando o princípio da ampla defesa, o que afasta qualquer nulidade, seja pela ausência de prejuízo pois aplicável norma mais benéfica ao réu, seja porque observado o procedimento tido como correto para o caso.

7. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade

do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

8. Na hipótese, havendo prova da materialidade do delito e indícios de autoria, justifica-se a prisão preventiva para garantia da ordem pública. O paciente responde a diversas outras ações penais por crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, sendo, inclusive alguns, relacionados ao crime de tráfico de drogas.

9. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a existência de ações penais em curso, ainda que sem o trânsito em julgado, pode autorizar a prisão preventiva para garantia da ordem pública, à luz das peculiaridades do caso concreto, consubstanciando forte indicativo de dedicação à atividades criminosas.

10. O constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto.

11. No caso, a ação penal apresenta certa complexidade, em virtude da quantidade de réus e de crimes em apuração, bem como diante da necessidade de expedição de cartas precatórias, mas vem se desenvolvendo de forma regular, sem desídia do Juiz processante, que tem proferido decisões e dado impulso ao feito de forma tempestiva, não havendo como reconhecer, por ora, qualquer excesso de prazo que justifique a concessão da ordem, de ofício, por esta Corte.

12. A suficiência de imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do CPP, não foram objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, o que impede sua análise direta por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

13. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento.

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, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Superior Tribunal de Justiça

Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.287 - PB (2013/0214776-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : FRANCISCO CANINDÉ JOTA (PRESO)

ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ DE MEDEIROS JUSTO E OUTRO(S) - RN004727

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA

RELATÓRIO

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

Trata-se de Recurso Ordinário em *habeas corpus*, com pedido de liminar, interposto por FRANCISCO CANINDÉ JOTA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (HC n. 027.2010.0000040-8).

Depreende-se dos autos que o recorrente foi denunciado, com outros corréus, pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/06 e 12 e 14 da Lei n. 10.826/03, por ter sido apreendido, em seu poder, 30kg de *crack*, 1 revólver, calibre 38 e uma espingarda, calibre 32, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A defesa impetrou prévio *mandamus* perante a Corte de origem, objetivando a declaração de nulidades ocorridas durante a persecução penal, restando a ordem denegada, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 715):

HABEAS CORPUS - TRAFICO - PRISÃO PREVENTIVA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES - NULIDADES PROCESSUAIS - INOBSERVÂNCIA - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO - INVERSÃO NA ORDEM DO PROCEDIMENTO - POSSIBILIDADE - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO - EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA - NÃO OCORRÊNCIA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - AUSÊNCIA DE, CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INSUFICIÊNCIA PARA ELISÃO DA CUSTÓDIA - SEGREGAÇÃO MANTIDA - ORDEM DENEGADA.

Só há causa de nulidade quando comprovado prejuízo ao réu, o que não foi efetivamente demonstrado nos autos.

A inversão da oitiva de testemunhas e realização de interrogatório é causa relativa de nulidade que se opera apenas se há prejuízo evidente.

Como sabido, a caracterização do propalado excesso de prazo não

Superior Tribunal de Justiça

assume simples viés aritmético. Para a conclusão da instrução criminal, os prazos devem ser analisados de forma global e à luz do princípio da razoabilidade.

A demora existente na conclusão da instrução criminal é atribuída à complexidade do feito, pela necessidade de interrogar não só testemunhas, mas também os réus, inclusive o paciente, por carta precatória.

Ordem denegada.

Daí o presente recurso ordinário, no qual a defesa alega estar o recorrente sofrendo constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção diante da ausência dos réus nas audiências, realizadas mediante expedição de cartas precatórias, de oitivas das testemunhas da acusação e da defesa e dos corréus realizadas nos dias 3/10/2011, 23/11/2011 e 26/4/2012, e da oitiva da testemunha Luciano Silva dos Santos, salientando que os advogados constituídos nos autos não foram intimados da expedição das cartas precatórias, e que o recorrente a despeito de encontrar-se custodiado, não teria sido requisitado pelo Magistrado para comparecimento às respectivas audiências, o que demonstra violação do princípio da ampla defesa.

Pondera que, apesar de requerimento expresso da defesa para comparecimento do réu à audiência de instrução e julgamento do dia 12/9/2012, o Magistrado teria indeferido o referido pleito, tendo sido ouvido, naquela ocasião, a testemunha Edilene Lins Feliciano, sem que o recorrente pudesse formular quesitos por não se encontrar presente ao ato.

Aduz que há nulidade na audiência de interrogatório do corréu Josemar da Costa Pereira, pois teria sido realizada sem intimação prévia dos causídicos constituídos acerca da expedição da carta precatória.

Defende que apesar da colidência de defesas entre o recorrente e o corréu Josemar, houve a nomeação de um único defensor dativo para a audiência realizada na comarca de Mangabeira para oitiva da testemunha Luciano Silva dos Santos e na comarca de Santa Rita para oitiva da testemunha Jair Gaudêncio Cavalcanti.

Sustenta que a despeito do pedido expresso do Promotor de Justiça quando

Superior Tribunal de Justiça

do oferecimento da denúncia para aplicação do rito previsto no artigo 55 da Lei n. 11.343/06, o Magistrado teria aplicado o procedimento previsto no Código de Processo Penal, ouvindo, antes do interrogatório dos acusados, todas as testemunhas de defesa e da acusação, o que, a seu ver, implica nulidade, ressaltando ser necessária a oitiva prévia dos réus para, tão somente após, serem ouvidas as testemunhas.

Alega que não se fazem presentes nos autos, os requisitos autorizadores da manutenção da prisão preventiva, bem como que há inegável excesso de prazo para o término do procedimento criminal, o qual já perdura por mais de 3 (três) anos sem que haja previsão para o seu término.

Aduz que é suficiente a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do CPP.

Requer, liminarmente e no mérito, a declaração das nulidades arguidas pela defesa, a revogação da prisão preventiva ou o seu relaxamento por excesso de prazo, ou, subsidiariamente, a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do CPP.

A liminar foi indeferida às e-STJ fl. 809.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso Ordinário em *habeas corpus* (e-STJ fls. 816/826).

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.287 - PB (2013/0214776-7)

VOTO

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

A defesa objetiva a declaração de nulidade das audiências de oitivas de testemunhas da acusação e da defesa, bem como do interrogatório do corréu Josemar, por terem sido realizadas em juízo diverso daquele onde tramita a ação penal n. 0000040-05.2010.815.0271, sem que, contudo, fossem os advogados constituídos intimados quanto à expedição da carta precatória e, ainda, que em audiência de oitiva de testemunha realizada no dia 12/9/2012, houve pedido expresso da defesa para comparecimento do paciente ao ato, o que impunha a requisição do réu preso pelo Magistrado, defendendo, também, nulidade decorrente de nomeação de um único defensor dativo para o paciente e o corréu Josemar a despeito da colidência de defesas entre eles, e a necessidade de revogação da prisão preventiva do recorrente.

Quanto à nulidade decorrente da ausência de intimação dos advogados constituídos nos autos quanto à expedição de carta precatória para oitiva de testemunhas da acusação e da defesa e do interrogatório do corréu Josemar em Juízo diverso daquele onde tramita a Ação Penal n. 0000040-05.2010.815.0271, bem como da ausência de requisição do réu preso para comparecimento aos atos processuais de instrução e julgamento, assim se manifestou o Tribunal de origem (e-STJ fls. 717/720):

Diante do quadro demonstrado, suscita o impetrante a ocorrência de nulidades em face da ausência dos réus e seus advogados nas audiências realizadas por Carta Precatória nesta Capital e adjacências, acarretando prejuízo aos réus e cerceando seu direito de defesa.

Quanto a esse aspecto, há que se tecer considerações iniciais.

Primeiro, como sabido, no tema de nulidades no processo penal, é princípio fundamental a assertiva da não declaração de nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal (Princípio do Pas de nullité sans grief).

Superior Tribunal de Justiça

Em segundo lugar, as nulidades relativas devem ser arguidas na primeira oportunidade em que a defesa falar nos autos.

Ora, in casu, o impetrante elenca uma série de atos processuais, especificamente audiências de inquirição de testemunhas e de interrogatório dos corréus, aos quais, segundo alega, não teria comparecido o paciente e seu advogado por falta de intimação. Ressalte-se que alguns desses atos reportados pelo impetrante foram realizados há quase dois anos atrás, no ano de 2011.

De se questionar o seguinte: quantas audiências já se sucederam após as supostas nulidades, sem que a defesa as tenha alegado? Da análise dos autos, me parece que várias. De maneira que se mostra inviável, nesse momento processual em que, consoante o Magistrado informante, a instrução já se encontra em vias de ser concluída pela prolação da sentença, vir a defesa alegar nulidades que entendo alcançadas pela preclusão.

De outra banda, também não houve a demonstração do efetivo prejuízo.

Outrossim, uma vez que o rito do Habeas corpus não comporta revolvimento profundo do conjunto probatório, não há como se aferir de plano, já que a prova cabal caberia ao impetrante, se efetivamente o paciente esteve ausente dos atos processuais apontados. Não consta dos autos nenhuma certidão cartorária nesse sentido.

De toda forma, apenas a título de exemplo, extrai-se dos autos várias Notas de Foro determinando a intimação dos advogados para as audiências ocorridas durante a instrução criminal, bem como mandado de intimação dos outros réus, a exemplo da Nota de Foro de fls. 425, intimando os advogados dos réus para audiência de inquirição de testemunhas do Ministério Público do dia 06/10/11, na Vara de Entorpecentes desta Capital. Consta da Ata respectiva que os Advogados não compareceram, sendo nomeados defensores e ouvida apenas uma testemunha ministerial, sendo adiada a audiência para o dia 23/11/11; Nota de Foro de fls. 393 intimando os advogados dos réus para audiência de inquirição de testemunhas do dia 23/11 /11, na Vara de Entorpecentes desta Capital; há um mandado de intimação do réu Elisandro para tal audiência, às fls. 440; Ata desta audiência às fls. 443, donde se extrai que o réu Elisandro compareceu com advogado, o qual dispensou a presença de Josemar, sendo também seu representante. Foi nomeado defensor público para tal ato para representar o paciente, em face de sua ausência e de seu advogado.

De se alegar que se houve intimação dos atos a serem realizados via Carta Precatória, como no caso vertente, desnecessária a intimação das partes acerca da expedição de Cartas Precatórias.

Superior Tribunal de Justiça

Enfim, vê-se que tem havido um andamento normal da ação penal, com as intimações necessárias, de forma que os atos exemplificados supra desautorizam a afirmação do impetrante de que não estão ocorrendo as intimações necessárias para as audiências. Ora, em várias delas, os advogados intimados não compareceram ou o fizeram e não alegaram nenhum prejuízo, sendo certo, como já afirmado, que o prejuízo, em tais circunstâncias, deve ser provado pela defesa.

Frise-se que toda matéria atinente às nulidades deverá ser guiada pela necessidade de preservação dos interesses tutelados pela jurisdição penal, aferidos a partir da atuação de cada sujeito do processo no seu regular desenvolvimento.

No caso vertente, não se vislumbra de plano, desídia das partes envolvidas, bem empenhadas na preservação das cautelas constitucionais aplicáveis ao caso, sendo certo também que a defesa do paciente está bem patrocinada e resguardada no processo em questão, não se vislumbrando deficiência prejudicial ao mesmo.

Com efeito, sobre tal questão o Supremo Tribunal Federal já tem entendimento sumulado no sentido de que:

Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."

Em relação ao caso específico da audiência do dia 12 de setembro de 2012, onde se alega que a defesa do paciente pediu expressamente a presença do mesmo no ato, ressalte-se que a audiência era para oitiva de testemunhas da defesa, pelo que não se vislumbra o prejuízo então alegado.

Pertinente a transcrição dos seguintes julgados:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OITIVA DE TESTEMUNHA NO JUÍZO DEPRECADO. COMPARECIMENTO DO RÉU PRESO. NÃO EXIGÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA APENAS ARGUIDA NAS INSTANCIAS ORDINARIAS FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DE OFÍCIO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I. A falta de comparecimento do réu preso para a audiência de inquirição de testemunhas ouvidas em outra comarca é causa de nulidade relativa, passível de preclusão, nos termos da jurisprudência pacífica de ambas as Turmas que julgam matéria penal nesta Superior Instância. Precedentes. (.)" (STJ.164875 SP 2010/0042420-0, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 15/02/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2011)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS HOMICÍDIO

Superior Tribunal de Justiça

DOLOSO. OITIVA DE TESTEMUNHAS AUSÊNCIA DO REU PRESO. PRESENÇA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA 12 ANOS DEPOIS NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NAO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. 'Em se tratando de réu preso, a falta de requisição para o comparecimento a audiência de oitiva de testemunhas realizada em outra comarca acarreta nulidade relativa, devendo ser arguida em momento oportuno e provado o prejuízo, o que não ocorreu nos autos', (HC J0 94. 747/MT).2. Ordem denegada." (STJ.95441 SC 2007/0279709-2, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 09/02/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2010)

O mesmo raciocínio vale para os fatos específicos apontados na inicial, acerca da não presença do paciente no interrogatório do corréu Josemar, bem como no caso da audiência de inquirição de testemunha na Vara Regional de Mangabeira, na qual teria sido nomeado um defensor dativo comum para todos os réus, implicando em colidência de defesas, prejudicial ao paciente.

Mais uma vez, entendo preclusa a questão. A uma, porque a defesa do paciente foi devidamente intimada para tais atos, não compareceu, nem há provas de ter suscitado a nulidade logo em seguida. A duas, porque não há prova cabal do efetivo prejuízo alegado.

Como visto, o Tribunal de origem não reconheceu a nulidade arguida pela defesa pois, pela análise de notas de foro presentes nos autos, constatou-se que o advogado constituído pelo paciente foi devidamente intimado para as respectivas audiências de oitiva das testemunhas da defesa e da acusação, bem como para o interrogatório do corréu Josemar (e-STJ fls. 718/719), observando que, a despeito da ausência de intimação da expedição de carta precatória, o causídico foi devidamente intimado quanto à data de realização do ato no Juízo deprecado, o que supriria qualquer vício anteriormente existente no ato de comunicação processual. Note-se, ainda, que o réu preso não tem direito absoluto à presença à audiência de oitiva de testemunhas, sendo necessária para a declaração da nulidade a demonstração de efetivo prejuízo, o que não ocorrera no caso dos autos, bem como que, tratando-se de nulidades relativas, teria ocorrido preclusão na arguição das referidas irregularidades pois alegadas mais de dois anos após à realização dos respectivos atos processuais sem que a defesa, apesar de presente em diversos outros atos do procedimento criminal, assim as

Superior Tribunal de Justiça

alegasse em momento oportuno.

Quanto à alegada nulidade decorrente da ausência de intimação do advogado constituído da expedição de carta precatória para a oitiva das testemunhas da defesa e da acusação e do interrogatório do corréu Josemar, sem razão o recorrente. Isso porque, o entendimento exposto pela Corte de origem foi ao encontro da jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que a ausência de intimação quanto à expedição da carta precatória para oitiva de testemunhas e de interrogatório de corréus é causa de nulidade relativa, dependendo, pois, para sua declaração da demonstração de efetivo prejuízo, bem como alegação em momento oportuno, situações inexistentes nos autos.

A propósito:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. OITIVA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA. ENUNCIADO SUMULAR 155/STF. NULIDADE RELATIVA. ALEGAÇÃO OPORTUNA. DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC. ILEGALIDADE MANIFESTA NÃO CARACTERIZADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a ausência de intimação da defesa da expedição de carta precatória para inquirição de testemunhas é causa de nulidade relativa, o que impõe sua arguição em momento oportuno e a demonstração de efetivo prejuízo, o que, entretanto, não ocorreu no caso em apreço.

Incidência do enunciado sumular n.º 155 do Supremo Tribunal Federal.

2. Writ não conhecido. (HC 340.327/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 10/03/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. CARTA PRECATÓRIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE NÃO CONSTATADA. SÚMULA N. 155 DO STF. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Este Tribunal Superior acompanha o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que a falta de intimação da defesa da expedição de carta precatória para inquirição de testemunhas é causa de nulidade relativa, o que impõe a sua arguição em momento oportuno e a demonstração de efetivo prejuízo. Incidência

Superior Tribunal de Justiça

da Súmula n. 155 do STF.

2. Nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, como bem salientou o acórdão impugnado, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos.

3. Rever a conclusão das instâncias ordinárias que entenderam que o conjunto probatório é robusto e conclusivo em demonstrar a autoria do agravante no crime de estupro importaria na incursão do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado no âmbito do recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 700.925/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 02/02/2016).

Aliás, tal entendimento está consubstanciado no enunciado n. 155 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha.

No caso, inexistente prejuízo quanto à ausência de intimação do advogado constituído pelo recorrente quanto à expedição da carta precatória, pois, conforme assentado no acórdão recorrido, a despeito da inexistência daquela, o causídico foi devidamente intimado quanto à data em que os próprios atos processuais ocorreriam no Juízo deprecado, o que demonstra, inclusive, situação mais benéfica à defesa, já que conhecedora da efetiva data em que as audiências ocorreriam sem que necessitasse ficar acompanhando *sponte propria* a tramitação no feito perante o Juízo deprecado. E, conforme disposição do artigo 563 do Código de Processo Penal, "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Assim, tendo sido o advogado constituído devidamente intimado quanto às datas em que as audiências de oitiva das testemunhas da defesa e da acusação e do interrogatório do corréu Josemar aconteceriam, não há que se falar em nulidade pela sua ausência voluntária aos atos processuais, sob pena de ser beneficiada por nulidade a qual deu

Superior Tribunal de Justiça

causa, situação não permitida pelo ordenamento jurídico diante do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, segundo o qual a parte não pode se beneficiar da sua própria torpeza.

Nesse sentido:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE A DEFESA NÃO FOI INTIMADA PARA SE MANIFESTAR NOS TERMOS DO ART. 422 DO CPP. INFORMAÇÕES CONSTANTES DOS AUTOS. DEFESA E ACUSAÇÃO DEVIDAMENTE INTIMADAS PARA ARROLAR TESTEMUNHAS, REQUERER DILIGÊNCIAS E APRESENTAR DOCUMENTOS. DEFESA DO RECORRENTE QUE OBTVEU ACESSO AOS AUTOS NA FASE DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL, OPTANDO POR IMPETRAR HABEAS CORPUS NO TRIBUNAL DE ORIGEM, A FIM DE BUSCAR O RECONHECIMENTO DA SUPOSTA NULIDADE. PRINCÍPIO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS. APLICABILIDADE.

1. Busca o recorrente a anulação da ação penal em que foi condenado como incurso no crime de homicídio qualificado, ao argumento de nulidade absoluta, decorrente da ausência de intimação da defesa para se manifestar nos termos do art. 422 do Código de Processo Penal.

2. Mostra-se inviável o reconhecimento da nulidade porque demonstrado nos autos que, além de o paciente ter tido ciência de que a ação penal estaria na "fase do art. 422 do CPP" - pois teve acesso aos autos após o despacho que determinou a intimação das partes para apresentar rol de testemunhas, diligências e documentos -, defesa e acusação foram devidamente intimadas para os fins do referido dispositivo legal.

*3. Este Superior Tribunal já decidiu, reiteradas vezes, no sentido de não se reconhecer a ocorrência de nulidade quando evidenciado que a defesa, ciente da possibilidade ou da ocorrência do vício, vale-se da situação para ser beneficiada, tendo em vista o princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, segundo o qual a parte não pode se beneficiar da sua própria torpeza. Precedente.*

4. Ao se mostrar inerte, diante da ciência de que o feito estaria na "fase do art. 499 do CPP", a defesa demonstrou que tinha interesse em que a suposta nulidade se consumasse, para, com isso, buscar a anulação da ação penal e procrastinar o julgamento do recorrente pelo Tribunal do Júri.

5. Alcançar conclusão inversa da estampada pelas instâncias ordinárias, no sentido de que a defesa não foi intimada para

Superior Tribunal de Justiça

arrolar testemunhas, juntar documentos e requerer diligências (art. 422 do CPP), nem teve acesso aos autos nesta fase, demandaria reexame de provas, inviável na via eleita.

6. Recurso em habeas corpus improvido. (RHC 28.531/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 24/04/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. EXECUÇÃO PENAL. CONVERSÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO REEDUCANDO PARA ESCLARECIMENTOS. REQUISITO PREENCHIDO. RESPEITO À AMPLA DEFESA DURANTE TODO O PROCEDIMENTO. PACIENTE NÃO LOCALIZADO. ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL REPARÁVEL EX OFFICIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da primeira turma do Supremo Tribunal Federal, e em absoluta consonância com os princípios constitucionais - notadamente o do devido processo legal, da celeridade e economia processual e da razoável duração do processo -, reformulou a admissibilidade da impetração originária de habeas corpus, a fim de que não mais seja conhecido o writ substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

2. Hipótese em que o Paciente foi condenado à pena de 03 anos de reclusão, em regime aberto, a qual foi substituída por sanção restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, mais 10 dias-multa.

3. Jurisprudência firme desta Corte Superior considera que, preliminarmente à conversão de medidas restritivas de direito em pena privativa de liberdade, é imprescindível a intimação do Reeducando para que esclareça as razões do descumprimento, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

4. Não há constrangimento ilegal quando a Defensoria Pública participa ativamente de todos os atos processuais e, não obstante, é nítida a intenção do Reeducando de se furtar à aplicação da lei penal. No caso, foram esgotadas todas as diligências cabíveis para intimação do Sentenciado, que não foi encontrado no endereço mencionado, não atendeu à intimação edilícia e, mesmo após ser concedido o prazo de 30 dias para cumprir a pena e prestar

Superior Tribunal de Justiça

esclarecimentos, deixou de se apresentar em Juízo.

5. Anular o decisum e determinar a realização de nova tentativa de intimação do Paciente acabaria por beneficiar sua própria torpeza, operação sabidamente vedada pelo ordenamento pátrio.

6. Ordem de habeas corpus não conhecida. (HC 274.603/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 28/03/2014).

Aliás, como bem ponderado pelo Tribunal *a quo*, em sendo a ausência da respectiva intimação, causa de nulidade relativa, a sua alegação deveria ter ocorrido em momento oportuno, o que não ocorrera na espécie, pois, conforme constante do acórdão recorrido, a defesa somente alegara a referida irregularidade no ano de 2013, ou seja, mais de dois anos após a realização das respectivas audiências que ocorreram no ano de 2011 e uma em 2012, a despeito da presença do advogado constituído e do réu em diversos outros atos processuais sem que arguissem a referida irregularidade.

Nesse mesmo diapasão:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. OITIVA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA. ENUNCIADO SUMULAR 155/STF. NULIDADE RELATIVA. ALEGAÇÃO OPORTUNA. DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC. ILEGALIDADE MANIFESTA NÃO CARACTERIZADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a ausência de intimação da defesa da expedição de carta precatória para inquirição de testemunhas é causa de nulidade relativa, o que impõe sua arguição em momento oportuno e a demonstração de efetivo prejuízo, o que, entretanto, não ocorreu no caso em apreço.

Incidência do enunciado sumular n.º 155 do Supremo Tribunal Federal.

2. Writ não conhecido. (HC 340.327/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

No que se refere à nulidade arguida pela defesa decorrente da ausência de requisição pelo Magistrado para condução do paciente, que encontrava-se preso à época, para comparecimento à audiência 12/9/2012, o recurso, igualmente, não comporta provimento.

Superior Tribunal de Justiça

Como é cediço, o direito de presença é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo, portanto, legítima sua restrição nos casos em que a presença do réu puder causar humilhação, temor ou sério constrangimento às testemunhas ou vítimas, primando-se, assim, pelo direito fundamental destas à vida, à segurança, à intimidade e à liberdade de declarar.

Ao ensejo, transcrevo o art. 217 do Código de Processo Penal, que disciplina a situação acima retratada:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.

Destaco, outrossim, que nos casos em que o réu se encontra preso em outra unidade da Federação, conforme se verifica ser o caso dos autos, há precedentes no sentido de que deve ser preservado seu direito de comparecer, assistir e presenciar os atos processuais. Em sentido contrário, entretanto, em julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal, tem se "entendido que a alegação de necessidade da presença do réu em audiências deprecadas, estando ele preso, configura nulidade relativa, devendo-se comprovar a oportuna requisição e também a presença de efetivo prejuízo à defesa. Assim, caso o pedido seja indeferido motivadamente pelo magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, em especial diante da periculosidade do réu, **e da ausência de efetivo prejuízo**, não há se falar em nulidade do feito" (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2015. p. 60/61).

Superior Tribunal de Justiça

Ao ensejo:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL JULGADO PROCEDENTE. VIOLAÇÃO DA SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DO ACUSADO PRESO À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA. EXPEDIÇÃO DE REQUISIÇÃO PELO JUÍZO PROCESSANTE. CONCORDÂNCIA DA DEFESA NA REALIZAÇÃO DO ATO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Não cabe a esta Corte, em sede de habeas corpus, rever o preenchimento ou não dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III), salvo em hipótese de flagrante ilegalidade, o que não se verifica nos autos. Precedentes. 2. 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 (cf. RE 602.543-QO-RG, Pleno, DJe de 26/2/2010). 3. Ademais, o reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à defesa técnica. Vale dizer, o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o acusado. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional. Precedentes. 4. Na espécie, entretanto, a impetrante sequer indicou de que modo a renovação dos atos instrutórios 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 em audiência ou em preliminar de alegações finais, o que não ocorreu. 5. Ordem denegada. (HC 119372, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, processo eletrônico DJe-019, divulgado em 1º/02/2016, publicado em 02/02/2016).

No mesmo sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS SEM A PRESENÇA DOS ACUSADOS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO. NÃO DEMONSTRADO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC. POSSIBILIDADE. 1. É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a presença do réu na audiência de instrução, conquanto conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua

Superior Tribunal de Justiça

decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa, em observância ao princípio pas de nullité sans grief, disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal (HC n. 103.963/SC, Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 3/2/2012) (AgRg no HC 319.635/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 10/09/2015). 2. Nomeado defensor ad hoc, não há falar em efetivo prejuízo à Defesa. 3. A ausência de intimação pessoal do réu para a audiência de oitiva da testemunha de acusação, determinada pelo próprio Juízo, não gera nulidade, se o seu defensor foi intimado em audiência e dispôs de tempo suficiente para localização do réu e formulação de perguntas (REsp 601.106/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 29/08/2005). 4. Os ditames da boa-fé objetiva, especificamente, o tu quoque, encontra ressonância no artigo 565 do Código de Processo Penal, ao dispor que não cabe a arguição de nulidade pela própria parte que lhe deu causa ou que tenha concorrido para a sua existência (RHC 63.622/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22/10/2015). 5. Recurso ordinário improvido. (RHC 51.017/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 21/03/2016).

No caso dos autos, apesar do requerimento tempestivo da defesa para comparecimento do réu à audiência de oitiva da testemunha da defesa, o pedido fora indeferido pelo Magistrado. Contudo, a defesa não se insurgiu contra o respectivo indeferimento na primeira oportunidade em que veio aos autos, tendo arguido a irregularidade mais de um ano após o seu indeferimento, bem como não demonstrou nenhum prejuízo acarretado ao paciente pelo seu não comparecimento, limitando-se a salientar que seria direito subjetivo a respectiva requisição, o que, como visto, não se coaduna com a jurisprudência mais recente deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, não se demonstrou em que medida o comparecimento do paciente poderia ter repercutido de forma positiva na sua situação processual. Reitero, assim, não verificar prejuízo na situação retratada nos autos, principalmente porque nomeado defensor dativo para o respectivo ato processual, o que impede o reconhecimento de eventual nulidade. Como é cediço, a moderna processualística não admite o reconhecimento de nulidade que não tenha acarretado prejuízo à parte. Não se admite a forma pela forma.

No mesmo sentido:

Superior Tribunal de Justiça

Admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, mas apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais, é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça. (HC 117952/PB, Relator o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 28/06/2010).

Quanto à alegada nulidade decorrente da nomeação de um único defensor para o recorrente e para o corréu Josemar na audiência de inquirição de testemunha realizada na Vara Regional de Mangabeira, a despeito de possuírem teses defensivas colidentes, verifico que o recurso não comporta sequer conhecimento.

Isso porque tal fenômeno ocorre quando um único defensor patrocina réus que se acusam mutuamente sobre a autoria do fato delituoso, situação que compromete o direito de defesa diante do claro conflito de interesses existente.

Sobre o assunto, é essa a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

A nomeação de um único defensor para réus que apresentam versões antagônicas para os mesmos fatos apontados como delituosos sacrifica irremediavelmente o direito de defesa.

Ao defensor, nesses casos, cumpre recusar a nomeação única, alertando o juízo quanto à impossibilidade de defender com eficiência acusados com interesses conflitantes. Se tal não ocorrer, o juiz, ao sentenciar, deve anular o processo a partir da nomeação do defensor, regularizando a situação. A nulidade, no caso, surge como absoluta, não havendo que perquirir a respeito da ocorrência do prejuízo. E, sendo assim, será decretada em qualquer fase do procedimento. O mesmo aplica-se ao advogado constituído pela parte. (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 84).

Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento de que a colidência de defesas só ficará configurada quando um réu atribuir ao outro a prática criminosa que, por sua natureza, só pode ser imputada a um único acusado, de modo que a condenação de um ensejará, obrigatoriamente, a absolvição do outro, ou quando o delito tenha sido praticado de maneira que a culpa de um réu exclua a do outro.

Confira-se:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RÉUS ASSISTIDOS PELO MESMO DEFENSOR PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE COLIDÊNCIA DE DEFESAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. (...).

(...)

2. *"Só se configura o conflito de defesas na hipótese em que um réu atribui a outro a prática criminosa que só pode ser imputada a um único acusado, de modo que a condenação de um ensejará a absolvição do outro, ou quando o delito tenha sido praticado de maneira que a culpa de um réu exclua a do outro." (HC 94.517/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 30.03.2009).*

3. *No caso, não restou demonstrado o conflito de interesses nem qualquer prejuízo ao paciente por ter sido assistido, a partir da audiência de instrução e julgamento, pelo mesmo defensor público que patrocinou a defesa do corréu, uma vez que ambos negaram a autoria delitiva que lhes foi imputada na denúncia.*

(...)

7. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 222.888/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 02/02/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO. NOVO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ. (...) COLIDÊNCIA DE DEFESA. ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO PRÓPRIO ACUSADO. NÃO OCORRÊNCIA. (...) CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

(...)

4. *A jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a alegação de colidência de defesa somente pode ser reconhecida quando um réu atribui ao outro a prática criminosa, cuja imputação somente é possível a um único acusado, e, nesse contexto, a condenação de um leva à absolvição do outro, ou quando o crime é praticado de forma que a culpa de um réu afaste a do outro. É dizer, a defesa do paciente em sede de habeas corpus deve apresentar argumentos e documentos que demonstrem o efetivo prejuízo em razão da alegada colidência entre as defesas (pas de nullités sans grief), o que não ocorreu.*

5. *Na espécie, discute-se hipótese de condenação por prática do crime de peculato (art. 312 do CP). Não houve nenhum tipo de*

Superior Tribunal de Justiça

acusação recíproca entre o paciente e a outra corré, nem, tampouco, trata-se de crime cuja autoria possa ser imputada somente a uma pessoa. Ao revés, trata-se de ato criminoso com possibilidade de autoria múltipla. Tanto é que, tendo sido denunciados pelo mesmo delito, o paciente e a corré também foram condenados pelo mesmo crime.

6. A nomeação de único defensor a corréus somente enseja nulidade quando, ao contrário da espécie, suficientemente demonstrada a colidência de defesas e o efetivo prejuízo daí decorrente (precedentes).

(...)

10. Habeas corpus não conhecido. (HC 226.306/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 09/09/2014).

O Supremo Tribunal Federal possui idêntica orientação:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE LATROCÍNIO E LESÃO CORPORAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DE COLIDÊNCIA DE DEFESAS E NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO AO RÉU SEM SUA PRÉVIA INTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO PARA A DEFESA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A nomeação de um só defensor para co-réus com defesas colidentes por ocasião da audiência de acareação, não é capaz de acarretar a nulidade do processo, sem a demonstração de efetivo prejuízo para a defesa, de acordo com o princípio pas de nullité sans grief, adotado pelo artigo 563 do Código de Processo Penal. 2. Esta Suprema Corte possui precedentes no sentido de que "a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta" (HC 85.155, de minha relatoria, DJ 15.04.2005). 3. Ademais, "a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a alegação de colidência de defesas somente pode ser reconhecida em hipóteses nas quais a impetração comprove, de plano, que a tese sustentada pela defesa na origem com relação a um dos co-réus tenha sido apta para atribuir, com exclusividade, os indícios de autoria e materialidade quanto a outro(s) co-réu(s). É dizer, a defesa do paciente em sede de habeas corpus deve apresentar argumentos e documentos que demonstrem o efetivo prejuízo em razão da alegada colidência entre as defesas (pas de nullités sans grief)" (HC 85.017, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 03.08.2007). 4. Por fim, "a intimação do réu para que constitua outro defensor, querendo, só se exige quando ocorre a renúncia do defensor constituído. Não é, todavia, necessária quando o defensor falta ao dever de atuar" (HC 85.014/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 11.03.2005). 5. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (HC 97062, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma,

Superior Tribunal de Justiça

julgado em 31/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-04 PP-00726 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 521-525).

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. COLIDÊNCIA DE DEFESAS. INOCORRÊNCIA. 1. Crime de estelionato. Omissão do óbito da então pensionista com a finalidade de continuar recebendo o benefício. Colidência de defesas. Inocorrência: "a alegação de colidência de defesas somente pode ser reconhecida em hipóteses nas quais a impetração comprove, de plano, que a tese sustentada pela defesa na origem com relação a um dos co-réus tenha sido apta para atribuir, com exclusividade, os indícios de autoria e materialidade quanto a outro(s) co-réu(s)" (HC n. 85.017, Rel. Min. Gilmar Mendes), o que, no caso concreto, não ocorreu. 2. As alegações finais de cada co-réu foram, ao contrário do sustentado, subscriptas por membros distintos da Defensoria Pública da União, sem que qualquer deles tenha abordado colidência de defesas. Ordem indeferida. (HC 91332, Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-01 PP-00126 RTJ VOL-00210-02 PP-00679 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 333-339).

No caso dos autos, o Tribunal de origem não se manifestou sobre tais situações, limitando-se a observar que o tema encontrava-se precluso e que não havia prova do efetivo prejuízo alegado pelo réu. Assim, não havendo manifestação da Corte local acerca da efetiva ocorrência de colidência de defesas, inviável o seu exame direto por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Deveria a defesa ter oposto embargos de declaração, o que não ocorreu.

A propósito, confira-se o seguinte julgado desta Corte Superior:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

I - A tese recursal relativa à eventuais nulidades ocorridas no inquérito policial sequer foi analisada pelo eg. Tribunal a quo, ao fundamento de que não foram apresentados documentos comprobatórios do alegado, razão pela qual o mandamus impetrado na eg. Corte de origem foi parcialmente conhecido.

Superior Tribunal de Justiça

II - Assim sendo, fica impedida esta eg. Corte de analisar a questão ventilada no recurso, sob pena de indevida supressão de instância, já que o eg. Tribunal a quo não se manifestou acerca das alegadas nulidades.

[...] Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. (RHC 45.246/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014).

No que diz respeito à alegação defensiva de violação ao artigo 55 da Lei n. 11.343/2006, o recurso, novamente, não comporta provimento.

Sobre o tema, assim se pronunciou o Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 723/724):

No que concerne à alegada ofensa ao rito especial previsto para o crime de tráfico, tendo sido observado na verdade o art. 400 do CPP, em decorrência da inversão da ordem do interrogatório dos réus, mais uma vez, melhor sorte não assiste ao impetrante.

Como sabido, o crime pelo qual foi o réu condenado possui rito processual próprio, nos moldes da Lei 11.343/06, o qual não foi expressamente alterado pela Lei 11.719/2008, que trouxe modificação tão somente ao Digesto Processual Penal.

A dinâmica procedimental prevista pela lei especial traz o interrogatório do réu como o primeiro ato a ser realizado na Audiência de Instrução e Julgamento, devendo, pois, ser aplicado em detrimento do Código de Processo Penal, em atenção ao princípio da especialidade.

Apesar do delito em comento ser regido por lei especial, tenho que a alteração da lei geral é favorável ao réu, garantindo o pleno direito de defesa, uma vez que o réu pode conhecer toda a prova acusatória produzida, antes de pronunciar-se.

Portanto, desnecessária discussão quanto ao diploma legal aplicado, se a inversão do procedimento visa respeito à garantia fundamental, qual seja: ampla defesa.

[...]

Ademais, só há causa de nulidade quando comprovado prejuízo ao réu, o que não foi efetivamente demonstrado nos autos, pelo contrário, a realização do interrogatório ao final da instrução apenas contribui para a efetivação de seus direitos fundamentais.

Pelo exposto, não há que se falar em nulidade quanto a esse aspecto.

É certo que este Tribunal Superior vinha proferindo entendimento no sentido

Superior Tribunal de Justiça

de que o procedimento previsto no artigo 57 e parágrafos da Lei n. 11343/2006, prevalecia sobre a regra insculpida no artigo 400 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da especialidade. Veja-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INQUIRÇÃO DO ACUSADO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADOÇÃO DO RITO PREVISTO NA LEI 11.343/2006. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. Em estrita observância ao princípio da especialidade disposto no artigo 394 do Código de Processo Penal, existindo regramento próprio para a apuração de determinado delito, afastam-se as regras do procedimento comum ordinário nele previstas, cuja aplicação pressupõe a ausência de procedimento específico para a hipótese.

2. No caso dos autos, o recorrente foi acusado de cometer o crime tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006, que estabelece rito especial em relação ao comum ordinário do Código de Processo Penal.

3. Se o artigo 57 da Lei de Drogas determina que o interrogatório do réu será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, ao passo que o artigo 400 da Lei Penal Adjetiva prevê a realização de tal ato somente ao final, não há dúvidas de que deve ser aplicada a legislação específica, pois, como visto, as regras do rito comum ordinário só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

4. Recurso desprovido. (RHC 69.458/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 19/4/2016, DJe 4/5/2016).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, no julgamento do HC n. 127.900/AM, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 3/3/2016, e publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 3/8/2016, ressaltou que a existência de realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o artigo 400 do CPP, é aplicável no âmbito do processo penal militar, preponderando o princípio da ampla defesa sobre o princípio interpretativo da especialidade. Durante os debates, os Ministros da Suprema Corte observaram que o referido entendimento também aplicar-se-ia aos casos de processos

Superior Tribunal de Justiça

criminais relacionados à Lei de Drogas, ou seja, nos procedimentos ligados à Lei Antitóxicos, o interrogatório, igualmente, deve ser o último ato da instrução, sendo que a Lei n. 11.719/2008, lei geral e posterior se sobreporia à Lei de Drogas, neste pormenor. Aquela Corte ressaltou que, diante da mudança de entendimento, aqueles processos que já tiveram a instrução processual encerrada e que haviam aplicado os procedimentos especiais não seriam declarados nulos, fixando orientação de que a mudança seria aplicável a partir da publicação da ata de julgamento às instruções não encerradas nos processos de natureza penal militar, eleitoral e a todos os procedimentos penais regidos por lei especial. Eis a ementa do julgado:

EMENTA Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. 1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). 2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa. 3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302). 4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais

Superior Tribunal de Justiça

harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). 5. Por ser mais benéfica (lex mitior) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal. 6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14. 7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

(HC 127900, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 02-08-2016 PUBLIC 03-08-2016)

No caso, como constante do acórdão recorrido, fora aplicado o procedimento previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal, o que evidencia ausência de nulidade, seja porque ausente qualquer prejuízo ao réu diante da aplicação de procedimento mais favorável, já que a realização do interrogatório ao final do processo prestigia em maior grau o princípio da ampla defesa por ter o réu contato com todas as provas produzidas na instrução processual, possuindo, assim, maiores condições de elaboração de suas teses defensivas.

Sendo assim, a decisão plenária do STF deve ser observada neste Superior Tribunal de Justiça (NCPC, art. 927, V, aplicável subsidiariamente ao processo penal - CPP, art. 3º).

Por fim, passo ao exame da tese defensiva acerca da necessidade de revogação da prisão preventiva do recorrente ou de seu relaxamento por excesso de prazo.

O Tribunal local considerou haver necessidade na manutenção da segregação cautelar do recorrente e que o excesso de prazo para o término da instrução criminal estaria devidamente motivado, pelos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 721/724):

Superior Tribunal de Justiça

Ah initio, conveniente ressaltar que trata-se de processo bastante complexo, havendo a necessidade de expedição de Cartas Precatórias para a Capital e outras Unidades Judiciárias deste Estado e também para o Rio Grande do Norte, uma vez que o paciente encontra-se preso naquele Estado em virtude de outro crime por lá cometido. Outrossim, a existência de três réus também contribui para tal complexidade, ao contrário do que alega o impetrante, ainda mais quando possuem defesas distintas.

[...]

Por outro lado, quanto à segregação do paciente, oportuno lembrar que a prisão antes da sentença possui natureza cautelar, havendo pois o impetrado demonstrado a presença dos pressupostos da prisão preventiva - garantia da ordem pública - sendo a manutenção da custódia cautelar medida que se impõe.

Consoante esclareceu a autoridade informante, "...encontram-se presentes os requisitos autorizativos para a manutenção da prisão preventiva, tanto para garantia da ordem pública, tendo em conta a vida pregressa do paciente com vasto histórico de crimes cometidos com violência, bem como, para garantir a aplicação da lei penal, sem olvidar que o paciente foi denunciado pela prática, em tese, de crime hediondo ou a ele equiparado." É o quanto basta para manutenção da ordem pública.

[...]

Com relação a invocação da necessária aplicação ao caso de medidas cautelares em substituição à prisão, não conheço a ordem uma vez que não ha como se inferir se tal pleito já foi apresentado na 1ª instância.

[...]

Não há que se falar ainda na existência de excesso de prazo para a formação da culpa, pois a instrução criminal se adequa à complexidade do presente caso.

Foi necessário o envio de várias cartas precatórias para Comarcas não só deste Estado, mas também do Rio Grande do Norte, o que justifica eventuais demoras para o fim da instrução. Os interrogatórios já foram ademais deprecados conforme se extrai dos autos, estando assim a instrução criminal próxima do fim.

A demora existente na conclusão da instrução criminal é portanto atribuída à complexidade do feito pela necessidade de interrogar não só testemunhas, mas também os réus, inclusive o paciente, por carta precatória.

[...]

Como sabido, o excesso de prazo não resulta ainda de mera soma aritmética pois há sempre que se observar o princípio da

Superior Tribunal de Justiça

razoabilidade que a lei empresta aos atos judiciais de uma forma geral.

O prazo para a instrução criminal não possui assim fatalidade absoluta tampouco é improrrogável, estando ainda a necessidade de dilação do prazo no presente caso devidamente justificada.

Não se vislumbra, por fim, violação ao princípio da presunção de inocência (ou culpabilidade) porque não alcança este os institutos do Direito Processual como a prisão preventiva porquanto explicitamente autorizada pela Constituição da República (artigo 50 LXI).

[...]

Não há falar, assim, em constrangimento ilegal.

Por tais motivos, em harmonia com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, DENEGO A ORDEM.

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Quanto aos pressupostos/requisitos da prisão preventiva, colhem-se estas lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

Entende-se pela expressão [garantia da ordem pública] a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

[A conveniência da instrução processual] é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na

Superior Tribunal de Justiça

busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outras.

Asseguração da aplicação da lei penal: *significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal* NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699, 708 e 710).

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que prisão cautelar esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

No particular, as instâncias ordinárias consideraram ser necessária a prisão preventiva do recorrente para a garantia da ordem pública diante de seu envolvimento em diversos outros crimes cometidos com violência e grave ameaça à pessoa, inclusive, alguns com conexão aos crimes de tráfico de drogas, tendo, inclusive, descrito circunstâncias que evidenciariam a materialidade dos delitos e indícios da autoria.

As decisões que decretaram/mantiveram a prisão preventiva da recorrente encontra-se amparada na garantia da ordem pública (para evitar reiteração delitiva, tendo em vista a periculosidade social do agente, que possui inúmeras ações penais em andamento pela prática de crimes da mesma espécie e de outros perpetrados com violência e grave ameaça à pessoa). Há descrição dos fatos e imputação objetiva das condutas, bem como adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Efetivamente, a perseverança do agente na senda delitiva, comprovada pelos registros de crimes graves anteriores, enseja a decretação da prisão cautelar para a garantia da ordem pública. Em outras palavras, *A garantia da ordem pública, para fazer cessar a reiteração criminosa, é fundamento suficiente para a decretação e manutenção da prisão preventiva* (RHC n. 55.992/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 19/03/2015, DJe 16/04/2015).

Superior Tribunal de Justiça

Assim, na espécie, entendo que a prisão preventiva está devidamente justificada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, para a garantia da ordem pública.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. ACUSADO QUE OSTENTA CONDENAÇÃO DEFINITIVA PELA PRÁTICA DE OUTRO CRIME PATRIMONIAL. REITERAÇÃO CRIMINOSA. PROBABILIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRIÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da aventada ilegalidade da custódia antecipada por excesso de prazo na formação da culpa, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância, tendo em vista que tal questão não foi analisada no aresto combatido.

2. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a preservação da custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, vulnerada diante do histórico criminal do agente e das circunstâncias do flagrante, indicativos da contumácia delitiva do agente.

3. Caso em que o paciente é reincidente, possuindo condenações definitivas anteriores pelos crimes de roubo e tráfico de drogas, circunstância que revela a propensão a atividades ilícitas, demonstrando sua periculosidade social e a real possibilidade de que, solto, volte a cometer infrações penais, justificando a sua manutenção no cárcere antecipadamente.

4. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nesta extensão, improvido. (RHC n.70.855/RS, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 24/08/2016)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PRISÃO PREVENTIVA. REINCIDÊNCIA. RISCO

Superior Tribunal de Justiça

DE REITERAÇÃO DELITIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impetrado.

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. A reincidência autoriza a segregação cautelar para garantia da ordem pública, como forma de conter a reiteração delitiva.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 351.234/MG, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 16/06/2016)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO, ROUBO MAJORADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

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 é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

*2. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.*

3. In casu, o paciente foi denunciado com outros 14 corréus pela prática de diversos delitos de furto, roubo, receptação e adulteração de sinal identificador de veículos, e teve a prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, tendo vista a gravidade concreta do delito, a periculosidade do agente e o fato de estar ele respondendo a outras ações penais.

4. A jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que "inquéritos

Superior Tribunal de Justiça

policiais e processos em andamento, embora não tenham o condão de exasperar a pena-base no momento da dosimetria da pena (Súmula n.º 444/STJ), são elementos aptos a demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva, fundamento suficiente para a decretação/manutenção da prisão antecipada" (HC n. 293.389/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 22/08/2014).

5. Presentes os requisitos autorizadores da medida, nos termos dos arts. 312 e 313 do CPP, a manutenção da custódia cautelar é de rigor, não havendo que se falar em constrangimento ilegal.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 290.094/RN, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015)

A prisão preventiva, portanto, mostra-se indispensável para conter a reiteração delitiva e garantir a ordem pública, em razão da habitualidade na conduta delituosa, sendo manifesta, portanto, a necessidade de interrupção da atuação criminosa, diante da renitência na prática de crimes.

Com efeito, a persistência do agente na prática criminosa justifica a interferência estatal com a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, porquanto esse comportamento revela uma periculosidade acentuada e compromete a ordem pública.

Dessa forma, demonstrado o *periculum libertatis* necessário à preservação da prisão cautelar, não há que se falar em ausência dos requisitos para a sua decretação, motivo pelo qual entendo que deve ser mantida a segregação do paciente.

Quanto ao alegado excesso de prazo para a término da instrução criminal, o recurso, novamente, não comporta provimento.

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXXVIII, prescreve: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*. No entanto, essa garantia deve ser compatibilizada com outras de igual estatura constitucional, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório que, da mesma forma, precisam ser asseguradas às partes no curso do processo.

Superior Tribunal de Justiça

Sobre esse aspecto, é cediço 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 o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais (Precedentes do STF e do STJ) (RHC 62.783/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).*

Ademais, o enunciado de Súmula n. 52 desta Corte Superior estabelece que *encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo.*

No particular, após consulta ao Sistema de informações Processuais do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, verifiquei que a instrução processual está encerrada, encontrando-se os autos conclusos para prolação da sentença, o que enseja a aplicação do enunciado da súmula n. 52 desta Corte.

Mesmo que esta incidência pudesse ser superada, não se verifica, na espécie, a ocorrência de constrangimento ilegal por excesso de prazo.

O Tribunal *a quo*, ao denegar o *mandamus*, não reconheceu o excesso de prazo, entendendo que o feito ostentava tramitação regular dentro dos limites legais, sendo a demora para o término da instrução criminal decorrente da necessidade de expedição de cartas precatórias para a realização de, praticamente, todos os atos processuais, sendo que os três réus encontram-se custodiados, cada um, em estados ou unidades da federação diversos, bem como assistidos por advogados diferentes, sendo necessária a expedição de carta precatória para realização dos respectivos interrogatórios, e ainda, que a oitiva das testemunhas da acusação e da defesa, igualmente, estão sendo realizadas mediante expedição de cartas precatórias.

A despeito do prazo de 6 anos não ser o ideal para o término da instrução criminal, constato que, no caso, a complexidade do feito que envolve a imputação de quatro fatos distintos (artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006 e artigos 12 e 14 do Estatuto do

Superior Tribunal de Justiça

Desarmamento), a presença de três réus, recolhidos em comarcas distintas, a necessidade de oitiva de testemunhas indicadas pela defesa e pela acusação residentes fora da comarca do juízo processante, demonstra, tratar-se de uma causa complexa, que demanda, como ressaltado pela Corte *a quo*, a expedição de cartas precatórias para a realização de quase todos os atos processuais.

Ademais, verifico pelo sistema de informações processuais, que as defesas postularam diversos pedidos de revogação das prisões preventivas e concessão de liberdade provisória, e alegações de nulidades do feito, o que contribui para a dilação dos andamentos processuais.

Para a caracterização do excesso de prazo, a demora excessiva deve estar vinculada à desídia do Poder Público, em decorrência, por exemplo, de eventual procedimento omissivo do magistrado ou da acusação, o que não se verifica na espécie, uma vez que a ação penal, dentro da complexidade e particularidades que apresenta, encontra-se com o seu processamento dentro dos limites da razoabilidade.

A ação se desenvolve de forma regular, portanto, sem desídia ou inércia do Magistrado singular.

Nesse sentido:

[...] 4. Para cogitar o excesso de prazo da prisão cautelar, a delonga excessiva deve ter sido originada de procedimento omissivo do magistrado, da acusação ou de atuação irregular do Poder Público, o que não se verifica na presente hipótese, em que a ação penal apresenta regular processamento dentro dos limites da razoabilidade. 5. Recurso ordinário desprovido. (RHC 63.914/CE, Rei. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 10/12/2015, grifo nosso)

[...] 2. O excesso de prazo para o término da instrução criminal, segundo entendimento jurisprudencial deste Tribunal, deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar a instrução criminal e não se restringindo à simples soma aritmética de prazos processuais.

3. Na hipótese, apesar de custodiado o paciente desde 10/06/2013,

o retardo no processamento do feito criminal adveio da complexidade da causa, evidenciada pelo número de acusados (três) e de vítimas (quatro) envolvidos - o que acarretou a expedição e renovação de cartas precatórias para várias comarcas -, pela redistribuição do feito por deslocamento de competência, bem como pela necessidade de apreciação dos diversos pedidos formulados pela defesa dos réus (transferências prisionais e relaxamento de custódia), sem se divisar qualquer desídia do magistrado singular na condução da marcha processual.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC-304.054/PE, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 28/4/2015, DJe de 18/5/2015)

[...] 3. O constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto.

4. Eventual retardo na tramitação do feito justifica-se pela pluralidade de réus e pela necessidade de expedição de cartas precatórias (Precedentes).

5. Ausente a alegada desídia da autoridade judiciária na condução do feito, não cabe falar em constrangimento ilegal. Ao revés, constata-se que o Magistrado, a despeito das circunstâncias adversas, procura imprimir à ação penal andamento regular.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC-310.593/CE, de minha relatoria, Quinta Turma, j. em 20/8/2015, DJe de 28/8/2015)

[...] 1. A questão do excesso de prazo na formação da culpa não se esgota na simples verificação aritmética dos prazos previstos na lei processual, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto.

2. Na hipótese, muito embora o recorrente esteja preso desde setembro de 2014 (há 11 meses), o feito reveste-se de certa complexidade, com dois acusados e necessidade de expedição de carta precatória. Ademais, como ressaltado pelo Tribunal a quo, a defesa não apresentou resposta à acusação no prazo legal, o que contribuiu para uma maior delonga. Tal contexto justifica o andamento do processo, que é compatível com as particularidades da causa, não se tributando, pois, aos órgãos estatais indevida letargia.

3. Recurso a que se nega provimento. (RHC-62.274/BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 18/8/2015, DJe de 01/9/2015)

Superior Tribunal de Justiça

Não comprovada a desídia do Poder Judiciário na condução do processo, não se vislumbra constrangimento ilegal hábil a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à alegação defensiva de necessidade de substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas previstas no artigo 319 do CPP, constato, após análise do acórdão recorrido, que o tema não foi apreciado pela Corte local, o que impede o seu exame direto no âmbito deste Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, **conheço** do recurso e **nego-lhe provimento**.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2013/0214776-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 39.287 / PB**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0272010000040 02720100000408 02720100000655 2720100000408 2720100000655

EM MESA

JULGADO: 13/12/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FRANCISCO CANINDÉ JOTA (PRESO)
ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ DE MEDEIROS JUSTO E OUTRO(S) - RN004727
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA
CORRÉU : JOSEMAR DA COSTA PEREIRA
CORRÉU : ELISANDRO DE MORAES PEDRO

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, negou provimento ao recurso."

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