

Processual penal - *Habeas corpus* - Tráfico ilícito de entorpecentes - 1. Condenação - Apelação criminal julgada - *Writ* substitutivo de recurso especial - Inviabilidade - Via inadequada - 2. Alegações de nulidades - Duração das interceptações telefônicas - Irresignação não apreciada nas instâncias de origem - Supressão de instância - 3. Ciência prévia da defesa dos procedimentos anteriores à interceptação - Impossibilidade - 4. Áudios obtidos em outro procedimento investigativo - Prévia autorização judicial para a quebra do sigilo - Prática de delitos a afetar outros bens jurídicos - Irregularidade - Inexistência - 5. Acesso da defesa ao material interceptado - Contraditório - Regular - Ilegalidade - Inocorrência - 6. Transcrição dos diálogos - Laudo juntado - Relatórios policiais - Nulidade - Não verificação - 7. Interceptação de números não constantes de decisão primeva - Conversa ocorrida em telefone interceptado - Obtenção de prova - Possibilidade - 8. Exame de constatação de voz - Indeferimento - Discricionariedade motivada - 9. Negativa de oitiva de testemunhas defensivas - Localização não declinada pela defesa - Transcurso *in albis* do prazo para a juntada de novos endereços - 10. Presença do acusado na oitiva das testemunhas de acusação - Impossibilidade - Causídico constituído ausente - Nomeação de defensor *ad hoc* - Nulidade - Inocorrência - Princípio do *pas de nullité sans grief* - Flagrante ilegalidade - Inexistência - 11. *Habeas corpus* não conhecido

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de

cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O pleito de reconhecimento de nulidade, ante a delonga das interceptações, não foi apreciado pelas instâncias de origem, não podendo, assim, ser apreciada a matéria por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Não se mostra plausível a prévia ciência da defesa dos procedimentos que originaram a interceptação telefônica, pois, se assim o fosse, ter-se-ia claro risco de desvirtuação do próprio escopo da medida, considerando-se seu caráter investigativo.

4. Possível se apresenta, no curso de outra investigação, colherem-se elementos, obtidos mediante prévia autorização judicial, que desembocam em apurar a prática de outras infrações, a tocar demais bens jurídicos, em especial na presente, na qual restou preso o paciente, que supostamente integrava apurada organização para o tráfico, encontrando-se substancial quantidade de drogas - 7.164,65 g (sete mil, cento e sessenta e quatro gramas e sessenta e cinco centígramas) de cocaína e crack.

5. Não há falar em violação à ampla defesa, pois o causídico teve acesso ao material que embasou a imputação criminal do paciente, podendo a defesa contraditar a prova obtida, de forma regular, visto a juntada aos autos dos dados decorrentes da medida, das mídias com os áudios das gravações, bem como da transcrição.

6. Inexistente afronta às formalidades para as transcrições das conversas, eis que, além dos relatórios policiais, peritos subscreveram laudo sobre o áudio.

7. Não encontra fôlego o pleito defensivo acerca da ausência de autorização prévia para a interceptação de certos números de telefone, pois o diálogo do paciente foi obtido não a partir de medida constritiva do seu número de celular, mas sim de outro indivíduo, cujo número telefônico constava da decisão do magistrado que autorizou o ato.

8. O indeferimento da perícia de constatação de voz mostrou-se escorreamente motivado, pois o magistrado pautou-se em outros meios de prova para assegurar a autoria delitiva, em especial nos apelidos e nos nomes dos investigados declinados nas conversas, bem como o fato de o aparelho celular e número do paciente encontrarem-se nos registros das ligações do telefone interceptado, norteando-se o julgador pela discricionariedade motivada.

9. Não obstante a testemunha ser arrolada pela defesa, diante da sua não localização, não é cabível persistir na

oitiva sem declinar o seu atual endereço, não merecendo reproche o indeferimento da produção da prova em juízo.

10. Não foi demonstrado o eventual prejuízo concreto sofrido pela defesa seja ante a mencionada ausência do acusado na audiência de oitiva das testemunhas de acusação, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

11. *Habeas corpus* não conhecido.

HABEAS CORPUS Nº 171.909 - MG (2010/0083483-3) - Relatora: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Impetrante: Antônio Roberto Sanches. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Wanderson Henrique Falcão Belizário (preso).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sr.^a Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sr.^a Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 17 de setembro de 2013 (data do julgamento). - *Ministra Maria Thereza de Assis Moura* - Relatora.

Relatório

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Wanderson Henrique Falcão Belizário, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal n.º 1.0479.07.133629-7/001).

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante na data de 29.08.2006, sendo, em 31.03.2009, condenado à pena total de 22 (vinte e dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, por infração aos artigos 12, caput, e 14, ambos da Lei n.º 6.368/76.

Interposta apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo, reduzindo a sanção para 17 (dezessete) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 340 (trezentos e quarenta) dias-multa. Confirmam-se os fundamentos do aresto (fls. 212/217):

[...]

Analisando os respeitáveis argumentos defensivos, entendo que não lhe assiste razão.

A validade das interceptações telefônicas realizadas neste feito - desmembrado daquele em que foram julgados os codenunciados - já foi analisada a contento por esta Corte no julgamento dos apelos dos demais envolvidos (autos de nº 1.0479.06.116918-7/001), ocasião em que a Turma Julgadora, à unanimidade, manifestou-se pela inexistência de vício algum e pela manutenção da validade e valor probante dos dados obtidos por meio das interceptações telefônicas ora hostilizadas. Tais conclusões permanecem válidas também no recurso *sub examine*. Vejamos:

‘Primeiramente, é cediço que vícios porventura existentes em um inquérito policial não se mostram hábeis a macular a ação penal subsequente, visto que a investigação prévia é peça administrativa meramente informativa da *opinio delicti* do Órgão Ministerial e, neste sentido, as hipotéticas falhas ocorridas neste procedimento policial não contaminariam o processo judicial nem afastariam sua validade.

De qualquer forma, não vislumbro qualquer irregularidade na diligência policial e na atuação dos policiais envolvidos no caso, os quais agiram no cumprimento de seus deveres funcionais, bem como não constato vício algum na interceptação telefônica, realizada com a devida autorização judicial, com lastro legal (Lei nº 9.296/96) e constitucional (art. 5º, XII, Constituição Federal), e também em sua correspondente degravação, feita de forma escorreita pelos agentes públicos incumbidos de tal mister.

Ademais, ainda que houvesse alguma irregularidade (o que não é a hipótese destes autos), suposto vício atingiria o valor probante do elemento de convicção coligido, ou seja, esvaziaria a força da prova produzida com base na diligência irregular, o que não macularia a ação, mas poderia, quando muito, implicar absolvição por ausência de prova válida. Trata-se, portanto, de matéria afeta ao *meritum causae*, em sede do qual deveria ser suscitada.

[...]

Impende destacar que a prova decorrente da interceptação telefônica é válida, obtida por autorização judicial, com fins de persecução criminal, inexistindo vício na circunstância de se apurar inicialmente delito de roubo, com base na premissa constitucional da razoabilidade, mesmo porque a res subtraída no crime patrimonial (aparelhos celulares) foi posteriormente utilizada na consecução do tráfico ilícito de entorpecentes. Os trechos relevantes das escutas telefônicas foram transcritos, conforme laudo acostado aos autos, e ‘decodificados’ nas comunicações policiais, incorrendo qualquer suspeição de modificação do conteúdo das transcrições.’ (sem grifos no original).

Outrossim, não há que se falar em inobservância do contraditório ou da ampla defesa, visto que os elementos de convicção abstraídos da interceptação telefônica foram devidamente juntados aos autos, possibilitando ao acusado e sua defesa impugná-los ou contrastá-los com outros dados de relevo coletados na persecução penal ou pela própria parte irresignada.

Ademais, o monitoramento das conversas telefônicas foi feito mediante escorreita autorização judicial, constando à fl. 42 destes autos uma decisão de quebra do sigilo de vários números, dentre os quais o telefone (35) 9199-0272. Conforme se observa pela comunicação de serviço policial nº 374/06, através da interceptação deste número foram constatados vários telefonemas entre eles o número (16) 8151-8134, de posse do apelante, em cujas conversas evidenciou-se a negociação de drogas e os acertos referentes ao repasse da substância entorpecente (vide fls. 43/57).

Lado outro, as conversas telefônicas foram parcialmente transcritas nos autos (há, inclusive, o laudo de fls. 114/151)

e ‘traduzidas’ pelo Serviço de Inteligência da Polícia nas respectivas comunicações de serviço, inexistindo razão alguma para se suspeitar da verossimilhança das conclusões extraídas pelos agentes policiais, mesmos porque as mesmas se coadunam com o contexto probatório. Também não vislumbro comprovação cabal de inobservância às prescrições e diretrizes principiológicas da Lei nº 9.296/96 que se afigure hábil a macular o feito, merecendo destacar que hipotéticas irregularidades na execução da medida atingiram o exame das provas atinentes à autoria e materialidade delitivas (ou seja, cingir-se-ia ao *meritum causae*, já que não há vício processual algum na ação penal).

Isto posto, rejeito a preliminar.

A ilustre defesa também suscitou preliminar de nulidade em face da não-realização do exame comparativo de voz, de modo a se comprovar que seria o apelante um dos interlocutores das conversas telefônicas interceptadas.

Sem razão, contudo. Primeiramente, insta salientar que a questão levantada atine à comprovação da autoria delitiva e não a algum vício processual da ação penal. Logo, não há que se falar em nulidade. Quanto à não-realização da diligência postulada pela defesa, observo que a pretensão foi indeferida fundamentadamente pelo ilustre Magistrado a quo, o qual agiu dentro de seus limites discricionários de condução do trâmite processual, incumbindo-lhe o afastamento de providências despiciendas ao deslinde do feito ou à apuração da verdade real.

Ademais, no presente caso, o exame comparativo de voz requerido pela defesa mostra-se prescindível à análise do feito. Isto porque o cotejo das conversas monitoradas (com a menção a nomes e apelidos conhecidos) e dos próprios números interceptados (com o registro de ligações envolvendo um aparelho celular que estava na posse do apelante) já se afigura suficiente à inequívoca conclusão de que a voz do interlocutor de alguns dos telefonemas era realmente a de Wanderson, com lastro no princípio do livre convencimento motivado do julgador.

Assim, rejeito a preliminar em tela.

Ainda em sede preliminar, a combativa defesa sustentou a ocorrência de cerceamento de defesa, em razão da não-oitiva das testemunhas arroladas pelo apelante, as quais não teriam sido procuradas pelo oficial de justiça.

Todavia, melhor sorte não lhe socorre. Ao contrário do que afirmou a ilustre defesa, um oficial de justiça tentou localizar as duas testemunhas arroladas à fl. 352, cumprindo a precatória expedida em atenção ao requerimento defensivo; todavia, não obteve êxito na localização e intimação das testemunhas (vide mandado e certidão à fl. 775). Assim, o douto magistrado a quo providenciou a intimação do defensor do apelante, para que, querendo, insistisse no depoimento daquelas, com a atualização ou correção dos respectivos endereços; no mesmo despacho, deixou consignado que a inércia do causídico seria interpretada como desistência tácita de tais oitivas (fl. 777). Não obstante, o insigne advogado, devidamente intimado (fl. 777v), manteve-se silente (certidão de fl. 778) e, em consequência, a instrução probatória foi declarada encerrada (fl. 779).

O julgador monocrático agiu com seu costumeiro acerto, visto que não poderia submeter o impulso oficial de andamento do processo ao alvedrio da defesa, comprometendo a celeridade processual. Outrossim, a ilustre defesa não demonstrou a ocorrência do real e efetivo prejuízo sofrido pelo apelante com a não-oitiva das duas testemunhas arroladas, nem mesmo explicitando o motivo pelo qual teriam elas informações essenciais à elucidação do caso. Neste

ponto, resta inviabilizada a possibilidade de anulação parcial da ação penal.

Isto posto, afasto a preliminar suscitada.

A insigne defesa trouxe, ainda, outra preliminar de cerceamento, decorrente da não-apresentação do apelante nas audiências realizadas para oitiva das testemunhas de acusação, impedindo-o de melhor articular seus argumentos junto ao seu defensor presente no ato.

Mais uma vez, concebo que razão não lhe assiste. A impossibilidade fática de apresentação de Wanderson nas audiências de instrução processual foi devida e minuciosamente elucidada pelo magistrado sentenciante, o qual tentou inclusive viabilizar tal pleito, empreendendo esforços neste sentido, conforme se observa no despacho exarado às fls. 688/689 e nos ofícios expedidos pelo Juízo a quo. Contudo, diante das informações prestadas às fls. 716/718 e 743/744 e, principalmente, do relato feito pelo Diretor do estabelecimento prisional local à fl. 720, *restou patente a inviabilidade de recambiamento de Wanderson para que pudesse acompanhar as audiências de oitiva das testemunhas, na medida em que se trata de indivíduo de altíssima periculosidade (integrante da organização criminosa PCC, conforme se expôs no depoimento de fl. 762) e a cadeia pública local não teria condições de segurança para custodiá-lo.*

Assim, no sopesamento de princípios constitucionais envolvidos, mostraram-se razoáveis e prudentes as decisões de fls. 746 e 761, ao dispensarem o inviável recambiamento e requisição mediante escolha de Wanderson, pois não seria exigível o sacrifício da segurança pública da comarca de origem, que não possuía sistema de videoconferência, tão-somente para resguardar ao acusado a possibilidade de estar pessoalmente presente na audiência.

Ademais, resta cediço que, nas lides penais hodiernas, os acusados comumente não comparecem em tais atos processuais, inclusive com a dispensa e aquiescência de seus defensores, sem que isto implique prejuízo à ampla defesa. O que se afigura imprescindível em tal momento processual é a disponibilização da defesa técnica, o que foi facultado ao apelante, com a nomeação de defensor *ad hoc* no ato processual, diante do não-comparecimento imotivado de seu patrono.

Neste ínterim, rejeito a preliminar.

[...]

Alternativamente, a combativa defesa pleiteou a redução das penas impostas e a inaplicabilidade da Lei nº 11.464/07 durante o cumprimento da sanção privativa de liberdade.

Quanto ao primeiro pedido, entendo que assiste parcial razão à ilustre defesa, sendo adequada uma pequena redução das penas, inclusive como forma de guardar uma relativa proporcionalidade da reprimenda total de Wanderson com as sanções concretizadas aos codenunciados deste mesmo feito. Consigno, inicialmente, que a sentença analisou de modo cauteloso e detalhado as circunstâncias judiciais, individualizando as penas-base do apelante, por ambas as imputações, de forma condizente com os dados do caso concreto, com observância das diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal. De fato, a culpabilidade de Wanderson é elevadíssima, diante de uma torpe estrutura altamente organizada para a realização do narcotráfico, merecendo destaque o fato de se tratar de apreensão de mais de sete quilogramas de crack (circunstância especialmente relevante no presente caso). Outro ponto que deve ser frisado é o registro de inúmeras incursões criminais anteriores de Wanderson, inclusive geradoras de reincidência, consoante as certidões de fls. 194/201, 222/223 e 235/238, apontando a perpetração dos mais variados e graves delitos, o que indica sua personalidade

voltada à criminalidade. Não se pode olvidar da existência das informações no sentido de que o apelante seria, inclusive, integrante da facção criminosa PCC.

Tais dados devem refletir sobre a dosimetria da pena, redundando em uma sanção condizente com as circunstâncias do caso concreto. Todavia, entendo que o ilustre magistrado sentenciante agiu com rigor demasiado na repercussão destas graves circunstâncias judiciais sobre as penas-base respectivas.

Isto posto, fixo a pena-base pelo delito do art. 12 da Lei nº 6.368/76 em 08 (oito) anos de reclusão e 180 (cento e oitenta) dias-multa. Diante da agravante reconhecida na sentença, majoro a pena para 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 220 (duzentos e vinte) dias-multa, neste quantum se concretizando, ausentes outras causas de oscilação.

Quanto ao delito do art. 14 da Lei nº 6.368/76, considerando a similitude na análise dos critérios a serem sopesados, fixo sua pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa. Aplicando a agravante acima mencionada, majoro a sanção para 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-multa, neste quantum se concretizando, ausentes outras causas de oscilação.

Em face do concurso material de crimes, totalizo a reprimenda do apelante em 17 (dezesete) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 340 (trezentos e quarenta) dias-multa, mantidas as demais disposições da sentença.

[...]

Ante o exposto, conheço do recurso, rejeito as preliminares suscitadas e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, apenas para proceder à redução das penas aplicadas ao apelante, nos termos supradelineados.

Sobreveio o trânsito em julgado do feito na data de 7.7.2010 (fl. 276).

Daí o presente *mandamus*, em que o impetrante alega que a prova obtida por meio de interceptação telefônica se deu de forma irregular, sendo, consequentemente, ilegal e imprestável.

Afirma que “referida prova foi produzida em procedimento diverso que tramitou perante esta Comarca de Passos, sendo que para o seu aproveitamento no presente feito, a título de prova emprestada, era necessário que os acusados processados tivessem a possibilidade de realização do contraditório quanto a ela, o que não foi possível, pois não foi oportunizada ciência aos procedimentos que originaram aquele elemento probatório” (fl. 3).

Assegura que não há comprovação de autorização judicial para a interceptação dos telefones de números (35) 9198-6169, (16) 8115-4807 e (16) 8151-8134.

Argumenta que o próprio relatório policial noticiou que a interceptação durou mais tempo do que aquele judicialmente permitido. Expõe também as formalidades dispostas na Lei n.º 9.296/96, inclusive em relação à transcrição das conversas monitoradas, as quais não foram observadas, implicando a nulidade de tal prova e das demais dela decorrentes.

Sustenta não ter havido a realização do exame de constatação de voz do paciente. Ressalta o cerceamento de defesa pela não oitiva das testemunhas de defesa.

Destaca, por fim, não ter havido apresentação do paciente nas audiências realizadas para oitiva de testemunhas de acusação.

Requer, liminarmente, a concessão de liberdade em favor do paciente, “eis que condenado em processo absolutamente nulo” (fl. 14). No mérito, pugna pelo reconhecimento de “nulidade da sentença, baseada em prova ilícita oriunda de interceptação telefônica e, em caso diverso, que se reconheça a nulidade integral do processo vez que lhe foi cerceada sua defesa com a não realização do exame espectrográfico de voz, pela não oitiva de testemunhas de defesa, bem como da ausência do paciente em audiência” (fl. 14).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 223/228, sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram prestadas às fls. 234/242, e ao Juízo de origem, acostadas às fls. 245/273 e 276/304.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos (fls. 305/309), pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - Inicialmente, cumpre ressaltar que estes autos foram a mim distribuídos por prevenção ao HC n.º 86.919/MG, formulado em favor do corréu Carlos Renato da Silva, cuja ordem foi denegada, nos termos desta ementa:

Penal processual penal. Extorsão mediante sequestro. Porte de arma. Uso de documento falso. Corrupção ativa. Quadrilha. 1. Excesso de prazo. Inocorrência. Complexidade do processo. Pluralidade de réus. Elevado número de testemunhas. Necessidade de expedição de cartas precatórias. Alguns réus presos e outros soltos. Desmembramento do processo. Término da instrução criminal. Súmula 52 STJ. 2. Ordem denegada.

1. Encerrada a instrução, não há que se falar em excesso de prazo para a formação da culpa (Súmula 52 STJ). Envolvendo o processo uma pluralidade de réus, elevado número de testemunhas, a necessidade de expedição de cartas precatórias para diversas localidades, assim como a necessidade de julgamento de conflito de competência pelo Tribunal de Justiça, torna-se razoável delongar no procedimento, excusando-se a mera soma aritmética dos prazos processuais.

2. Ordem denegada.

A questão trazida a deslinde no presente *writ* abarca: (I) a ausência do contraditório e da prévia ciência dos procedimentos que originaram a interceptação telefônica em procedimento diverso da ação penal em apreço; (II) a excessiva duração da medida constritiva; (III) a não observação das formalidades para as transcrições das conversas; (IV) a ausência de autorização prévia para a interceptação de certos números de telefone; (V) a não realização do exame de constatação de voz; (VI) cerceamento de defesa diante da negativa de oitiva das testemunhas defensivas; e (VII) não apresentação do paciente nas audiências realizadas para ouvir as testemunhas de acusação.

Cumpra registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

Habeas corpus - Julgamento por Tribunal Superior - Impugnação. - A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. Processo-crime - Diligências - Inadequação. - Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las. (HC 109956, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, processo eletrônico DJe-178 divulg 10-09-2012 public 11-09-2012.)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp ou a impetração do *habeas corpus*. Mostra-se imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração. Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Relativamente à excessiva duração da medida constritiva, sob o mote do áudio captado do paciente ter ocorrido em 29.8.2006, após o vencimento do lapso da medida constritiva - de 13.8.2006 a 28.8.2006 - e, portanto, descoberto de decisão judicial, visto a autorização prévia de apenas 15 (quinze) dias, não pode a *quaestio* ser enfrentada por esta Corte, eis que não foi examinada pelo Tribunal de origem.

Vedada, assim, a análise das matérias pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido, eis a remansosa jurisprudência:

Criminal. HC. Execução. Roubo qualificado. Progressão de regime. Requisitos legais. Competência do juízo da execução. Matéria não analisada pelo Tribunal *a quo*. Incompetência desta Corte. Supressão de instância. Ordem não conhecida. [...]

III. Evidenciado que o tema levantado não foi objeto de debate e decisão por parte de órgão colegiado do Tribunal de origem, tampouco havendo notícias da existência de qualquer requerimento da defesa ao Juízo das Execuções Criminais, sobressai a incompetência desta Corte para o exame da matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

IV. Ordem não conhecida. (HC 72.031/RN, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 19/03/2007 p. 380)

Habeas corpus. Alegação de nulidade de ação penal iniciada mediante denúncia. Atentado violento ao pudor. Matéria não enfrentada no Tribunal de origem. Supressão de instância. *Writ* não conhecido.

1. Sob pena de supressão de instância, não pode o Superior Tribunal de Justiça examinar pedido de *habeas corpus* se o Tribunal de origem não enfrentou a matéria nele deduzida.
2. *Writ* não conhecido. (HC 24.955/RJ, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 07/12/2004, DJ 30/05/2005, p. 417.)

Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Roubo qualificado.
1. Dosimetria da pena. Cópia do interior teor de acórdão que julgou a apelação. Inexistência nos autos. Ementa que revela a falta de apreciação da matéria pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Probabilidade. 2. Revolvimento do conjunto probatório. *Habeas corpus*. Impossibilidade. Remédio cabível. Revisão criminal. 3. Ordem não conhecida.
1. Inexistente nos autos a cópia do inteiro teor do acórdão impugnado, bem assim de outros documentos imprescindíveis à análise dos fundamentos utilizados na sentença para a fixação do *quantum* da reprimenda, impossível o conhecimento da matéria por esta Corte, especialmente quando a ementa do aresto em questão revela que a matéria não foi tratada pela segunda instância, a evidenciar provável e indevida supressão de instância.
2. O meio de impugnação adequado à espécie seria a revisão criminal, que possibilitaria maior aprofundamento a respeito da forma como foi o delito praticado, assim como das circunstâncias do delito, da culpabilidade do agente, etc., fatores estes de extrema relevância para viabilizar o controle dos argumentos invocados na sentença para a exasperação da pena-base.
3. *Writ* não conhecido. (HC 66.787/RJ, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 14/04/2009, DJe 04/05/2009.)

Processual penal. *Habeas corpus*. Roubos consumados e tentado. Formação de quadrilha. Corrupção ativa. Prova da materialidade. Exame do contexto fático-probatório. Impossibilidade. Requisitos da prisão preventiva. Tema não-ventilado pelo tribunal de origem. Supressão de instância. Ausência de prova pré-constituída (decreto prisional). Ordem não-conhecida.

1. A análise acerca da não-comprovação da materialidade do crime pelo paciente demanda aprofundado exame no contexto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. Precedentes do STJ.
2. Não tendo o Tribunal *a quo* analisado as questões referentes à ausência de fundamentação idônea para a prisão preventiva da paciente, o Superior Tribunal de Justiça não possui competência para examiná-la, sob pena de indevida supressão de instância.
3. Ademais, a ausência do decreto prisional impede este Tribunal de analisar a legalidade da prisão cautelar, pois, segundo pacífica jurisprudência, o *habeas corpus*, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas já que não se admite dilação probatória.
4. Ordem não-conhecida. (HC 94.059/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 09/03/2009.)

Criminal. HC. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Nulidades. Regime prisional rigoroso. Ofensa ao princípio do devido processo legal. Exacerbação da pena. Não-aplicação do art. 384 do CPP. Supressão de instância. Incompetência desta Corte. Não-conhecimento.

Não se conhece das alegações de falta de fundamentação para o estabelecimento do regime fechado para o cumprimento da pena imposta ao paciente, ofensa ao princípio do devido processo legal, exacerbação da pena, bem como de falta de aplicação do art. 384 do Código de Processo Penal, ante a indevida supressão de instância que restaria evidenciada.

Temas levantados que não foram objeto de debate e decisão por parte do Tribunal *a quo*.

Writ não-conhecido. (HC 24.309/PB, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 10/06/2003, DJ 25/08/2003, p. 334.)

Processual penal. *Habeas corpus*. Atentado violento ao pudor. Regime prisional. Questão ainda não apreciada pela instância ordinária. Impossibilidade de conhecimento.

- O *habeas corpus* é um instrumento de magnitude constitucional que tem por objetivo preservar o direito de locomoção, não se prestando para resolver questões formuladas e não decididas pelas instâncias ordinárias.

- Se as razões em que se funda a pretensão deduzida no *writ* não foram ainda objeto de debate e pronunciamento pelo Tribunal *a quo*, é descabido o seu deslinde nesta instância superior, sob pena de supressão de grau de jurisdição.

- *Habeas corpus* não conhecido. (HC 21.309/SP, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 29/10/2002, DJ 18/11/2002, p. 296.)

Quanto à ausência de contraditório e de prévia ciência dos procedimentos que originaram a interceptação telefônica, pontue-se que as interceptações ocorreram, inicialmente, em procedimento diverso da ação penal em apreço.

Com efeito, da atenta leitura dos autos depreende-se que as medidas constritivas foram determinadas em inquérito policial, no qual se investigavam delitos de roubos, cujos celulares eram posteriormente utilizados na consecução do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que, por sua vez, foram objeto do inquérito policial deste processo em desfavor do ora paciente.

O Colegiado *a quo* assim expôs o tema (fl. 213):

[...]

Impende destacar que a prova decorrente da interceptação telefônica é válida, obtida por autorização judicial, com fins de persecução criminal, inexistindo vício na circunstância de se apurar inicialmente delito de roubo, com base na premissa constitucional da razoabilidade, mesmo porque a *res* subtraída no crime patrimonial (aparelhos celulares) foi posteriormente utilizada na consecução do tráfico ilícito de entorpecentes. Os trechos relevantes das escutas telefônicas foram transcritos, conforme laudo acostado aos autos, e 'decodificados' nas comunicações policiais, inexistindo qualquer suspeição de modificação do conteúdo das transcrições.' (sem grifos no original).

Outrossim, não há que se falar em inobservância do contraditório ou da ampla defesa, visto que os elementos de convicção abstraídos da interceptação telefônica foram devidamente juntados aos autos, possibilitando ao acusado e sua defesa impugná-los ou contrastá-los com outros dados de relevo coletados na persecução penal ou pela própria parte irrisignada.

[...]

Dúvida não há acerca da licitude do trabalho integrado de diversas unidades da polícia, com o envio de elemento informativo de uma autoridade policial a outra. A propósito, eis os precedentes:

Habeas corpus. Substitutivo de recurso ordinário. Inadmissibilidade. Ausência de constrangimento ilegal. Interceptação telefônica. Prova emprestada. Possibilidade.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990. Atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, salvo em situações excepcionais.

2. Pacientes investigados por suposta prática de sonegação fiscal, falsidade ideológica, quadrilha e lavagem de dinheiro. Desmembramento da investigação criminal, fundada em interceptação telefônica, para instauração de outro inquérito. No caso, não houve encontro fortuito de provas na interceptação telefônica, dando origem a uma nova investigação. Os pacientes continuam alvo das mesmas investigações, havendo apenas o desmembramento para melhor elucidação dos fatos. Assim, as interceptações telefônicas foram colhidas licitamente, podendo ser usadas de forma legítima, como prova emprestada, em outro procedimento investigatório. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 161.245/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/04/2013, DJe 30/04/2013.)

Habeas corpus. Penal. Tráfico de drogas. Alegação de que não há elementos de autoria válidos. Necessidade de análise de provas. Via inadequada. Ilegalidade da prisão processual. Ausência de interesse processual no ponto, tendo em vista o trânsito em julgado do processo-crime anteriormente à impropriação do presente writ.

Interceptações telefônicas: ausência de ilegalidade se o paciente era o outro interlocutor do diálogo gravado no terminal em que se decretou legalmente a quebra do sigilo. Utilização de prova produzida em outro feito criminal, cujos elementos indiciários são intimamente ligados. Possibilidade. Elementos probatórios oportunamente colacionados aos autos, no decorrer da instrução.

Contraditório observado. Aumento da pena-base devidamente justificado na grande quantidade de droga apreendida (2.094,4 g - dois mil e noventa e quatro gramas e quarenta centigramas - de cocaína). Incidência do art. 42, da Lei n.º 11.343/06. Paciente que, segundo as instâncias ordinárias, era de fundamental importância no esquema criminoso. Valoração negativa da circunstância da culpabilidade ocorrida de forma legal.

Interestadualidade do delito: conjuntura que não pode ser reavaliada por esta Corte, por ser conclusão exclusiva dos graus de jurisdição soberanos sobre a conjuntura fático-probatória. Impossibilidade de se aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, em razão da conclusão das instâncias ordinárias de que o paciente integra organização criminoso. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

1. Compete às instâncias ordinárias concluir sobre os elementos de autoria e materialidade delitiva. É impróprio reavaliar tal definição na via do *habeas corpus*, remédio constitucional de rito célere e cognição sumária. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

2. Não há interesse processual em se avaliar constrangimento ilegal na prisão processual imposta ao Paciente, pois essa não mais persistia desde antes da impetração do presente writ, já que o processo-crime já estava transitado em julgado.

3. A interceptação telefônica, por óbvio, abrange a participação de quaisquer dos interlocutores. Ilógico e irracional seria admitir que a prova colhida contra o interlocutor que recebeu ou originou chamadas para a linha legalmente interceptada é ilegal. Ora, '[a]o se pensar em interceptação de comunicação telefônica é de sua essência que o seja em face de dois interlocutores'. [...] A autorização de interceptação, portanto [...], abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas aquela que justificou a providência.' (GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: Considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996* - São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 20/21.)

4. Se a degravação dos dados colhidos em interceptação telefônica é juntada aos autos da ação penal no decorrer da instrução, não ocorre nulidade por mitigação ao contraditório, pois se conferiu à Defesa, oportunamente, acesso integral aos referidos elementos probatórios para o devido exercício da ampla defesa.

5. É lícita a utilização de prova produzida em feito criminal diverso, obtida por meio de interceptação telefônica - de forma a ensejar, inclusive, a correta instrução do feito -, desde que relacionada com os fatos do processo-crime, e, após sua juntada aos autos, seja oportunizado à Defesa proceder ao contraditório e à ampla defesa. Precedentes.

6. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcional, necessária e suficiente à reprovação do crime.

7. No caso, resta configurada circunstância desfavorável que justifica o aumento da pena-base acima do mínimo legal, em relação a ambos os delitos pelos quais o Paciente fora condenado, justificando a valoração negativa da culpabilidade. Isso porque as instâncias ordinárias consignaram que o Paciente tinha função de fundamental importância na organização criminosa.

8. Também não há ilegalidade no aumento da pena-base se nas instâncias ordinárias esclareceu-se ter sido grande a quantidade de droga apreendida. O art. 42 da Lei n.º 11.343/06 é expresso no sentido de que o 'juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto'.

9. O reconhecimento da interestadualidade do delito não pode ser reavaliado por esta Corte, por ser conclusão exclusiva das instâncias soberanas sobre a conjuntura fático-probatória.

10. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

11. 'Justificada e razoável a dosimetria utilizada pelo magistrado para fixar a pena-base, não se permite, em sede de *habeas corpus*, rever o conjunto probatório para examinar a justiça da exasperação' (STJ, HC 58.493/RJ, 6.ª Turma, Rel.ª Min.ª Maria Thereza, DJ de 24/09/2007).

12. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. (HC 181.276/AC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013.)

Habeas corpus. Corrupção ativa e fraude processual. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Prova emprestada. Interceptação telefônica. Ilícitude. Inexistência. Inquérito policial. Peça informativa. Violação ao contraditório e ampla defesa. Constrangimento ilegal. Inocorrência.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte, o trancamento da ação penal, pela via do *habeas corpus*, é medida excepcional, só admissível quando despontada dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria ou materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não ocorre no presente caso.

2. Inviável o trancamento da ação penal quando a exordial descreve, ao menos em tese, fato delituoso com todas as suas circunstâncias, possibilitando, dessa forma, o amplo exercício de defesa (ex vi do art. 41 do CPP).

3. O Juiz de Direito da Vara de Inquéritos de Vitória, por requerimento do MP, determinou a juntada e utilização de prova produzida em operação policial, consistente em escutas telefônicas autorizadas judicialmente, que redundou na apreensão das máquinas caça níqueis para conseqüente oferecimento de nova denúncia. Assim, as interceptações telefônicas foram colhidas lícitamente, podendo ser usadas de forma legítima, como prova emprestada em outro procedimento investigatório.

4. A assertiva de cerceamento de defesa também não se verifica, uma vez que o procedimento inquisitório constitui-se em peça meramente informativa, que objetiva reunir informações a fim de respaldar eventual ação penal, em cuja instrução será dada ampla oportunidade às partes para exercer seu direito ao contraditório. Precedentes.

5. Ordem denegada. (HC 222.550/ES, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012.)

Habeas corpus liberatório. Suposto homicídio praticado contra o próprio genitor. Fuga para fora do país. Prova emprestada. Paciente investigado, em outro procedimento, por suposto tráfico de drogas. Escutas telefônicas autorizadas judicialmente. Inexistência de constrangimento ilegal quando existem outros elementos que sustentam a prisão preventiva. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.

1. Presentes indícios suficiente de autoria do cometimento do delito, visto que, nas interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, em procedimento que visava o cometimento de crime de tráfico de drogas, o paciente relata que efetivamente tirou a vida de seu pai.

2. Ao contrário do que sustenta a impetração, a prisão preventiva está arriada diversas outras provas - fuga do paciente para o exterior, ameaças proferidas contra policial e contra outro membro de sua família -, não prosperando a alegação de que estaria baseada unicamente em prova emprestada.

3. A prova emprestada, utilizada dentro do conjunto probatório, é perfeitamente admitida para fundamentar a custódia cautelar imposta ao paciente, quando serve apenas como mais um dos elementos de convicção.

4. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada. (HC 111.214/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 29/04/2010, DJe 07/06/2010.)

In casu, no curso de outra investigação, colheram-se elementos que desaguarão no terreno propício para o afunilamento da investigação em desfavor do paciente.

De fato, com o desenvolvimento das investigações, apurou-se a prática de outras infrações, a tocar demais bens jurídicos. Tanto assim que, em operação policial na qual restou preso o paciente, que supostamente integra apurada organização para o tráfico, encontrou-se substancial quantidade de drogas - 7.164,65 g (sete mil, cento e sessenta e quatro gramas e sessenta e cinco centigramas) de cocaína e crack (fl. 17).

Na inicial deste writ, foram destacadas diversas irregularidades que teriam inquinado a realização da interceptação telefônica, ocorrida em outro feito. Todavia, ao que constou dos autos e, ao reverso do asseverado na impetração, a interceptação telefônica foi objeto de autorização judicial.

E, na ação penal em voga, a defesa pode contraditar a prova obtida, de forma regular, visto a juntada aos autos dos dados decorrentes da medida, das mídias com os áudios das gravações, bem como da transcrição, conforme enfatizado pelas instâncias de origem.

Desse modo, não há falar em violação à ampla defesa, pois o causídico teve acesso ao material que embasou a imputação criminal do paciente.

Saliente-se que não há falar em conhecimento prévio da defesa das interceptações, antes de serem efetivadas, pois, se assim o fosse, ter-se-ia claro risco de desvirtuação do próprio escopo da medida, considerando-se seu caráter investigativo.

No tocante à não observação das formalidades para as transcrições das conversas e à ausência de autorização prévia para a interceptação de certos números de telefone, não encontram fôlego os pleitos defensivos.

É de ver que o diálogo do paciente foi obtido não a partir de medida constritiva do seu número de celular, mas sim de outro indivíduo, cujo número telefônico constava da decisão do magistrado que autorizou o ato (vide ofício de fl. 38), corroborando o enfatizado pelas instâncias de origem, *verbis* (magistrado singular à fl. 188 e Tribunal estadual à fl. 213, respectivamente):

[...]

Com efeito, não assiste razão ao culto Defensor, vez que as escutas telefônicas foram realizadas com autorização judicial, obedecendo as determinações da lei nº 9.296/96.

[...]

[...]

Ademais, o monitoramento das conversas telefônicas foi feito mediante escorreita autorização judicial, constando à fl. 42 destes autos uma decisão de quebra do sigilo de vários números, dentre os quais o telefone (35) 9199-0272. Conforme se observa pela comunicação de serviço policial nº 374/06, através da interceptação deste número foram constatados vários telefonemas entre eles o número (16) 8151-8134, de posse do apelante, em cujas conversas evidenciou-se a negociação de drogas e os acertos referentes ao repasse da substância entorpecente (vide fls. 43/57).

Lado outro, as conversas telefônicas foram parcialmente transcritas nos autos (há, inclusive, o laudo de fls. 114/151) e 'traduzidas' pelo Serviço de Inteligência da Polícia nas respectivas comunicações de serviço, inexistindo razão alguma para se suspeitar da verossimilhança das conclusões extraídas pelos agentes policiais, mesmo porque as mesmas se coadunam com o contexto probatório. Também não vislumbro comprovação cabal de inobservância às prescrições e diretrizes principiológicas da Lei nº 9.296/96 que se afigure hábil a macular o feito, merecendo destacar que hipotéticas irregularidades na execução da medida atingiram o exame das provas atinentes à autoria e materialidade delitivas (ou seja, cingir-se-ia ao *meritum causae*, já que não há vício processual algum na ação penal).

[...]

Observa-se, inclusive, que não somente foram descritos os diálogos em relatórios policiais (fls. 33/36, 39/53, 54/55 e 108/109), como também restaram apreciados por peritos, que transcreveram as conversas e emitiram laudo técnico (fls. 69/106 e 109).

Já no que pertine a não realização do exame de constatação de voz, tem-se um quadro em que o magistrado bem se desincumbiu da obrigatoriedade para a determinação da produção de prova tida por impertinente. Eis o dito na sentença (fl. 188):

[...]

Quanto a perícia de identificação de vozes, diante da alegação do d. Defensor de que as vozes nos diálogos constantes na interceptação não são do acusado Wanderson, caberia a defesa provar o alegado, vez que segundo inteligência do artigo 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Lado outro, o Juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, esta é a inteligência do artigo 182 do CPP. Destarte, a medida não se mostra imprescindível, considerando que não existem dúvidas quanto ao reconhecimento de um dos interlocutores das conversas degravadas como sendo o acusado Wanderson, bem como dos seus comparsas. A uma, porque utilizavam de seus próprios nomes ou mesmos de alcunhas conhecidas, o que foi confirmado pelas provas produzidas nos autos. A duas, pela correspondência dos números telefônicos utilizados nas diversas ligações recebidas e discadas dos aparelhos dos investigados, incluindo aí o acusado.

[...]

No aresto impugnado assim se concluiu (fls. 213/214):

[...]

A ilustre defesa também suscitou preliminar de nulidade em face da não-realização do exame comparativo de voz, de modo a se comprovar que seria o apelante um dos interlocutores das conversas telefônicas interceptadas. Sem razão, contudo. Primeiramente, insta salientar que a questão levantada atine à comprovação da autoria delitiva e não a algum vício processual da ação penal. Logo, não há que se falar em nulidade. Quanto à não-realização da diligência postulada pela defesa, observo que a pretensão foi indeferida fundamentadamente pelo ilustre Magistrado *a quo*, o qual agiu dentro de seus limites discricionários de condução do trâmite processual, incumbindo-lhe o afastamento de providências despiciendas ao deslinde do feito ou à apuração da verdade real.

Ademais, no presente caso, o exame comparativo de voz requerido pela defesa mostra-se prescindível à análise do feito. Isto porque o cotejo das conversas monitoradas (com a menção a nomes e apelidos conhecidos) e dos próprios números interceptados (com o registro de ligações envolvendo um aparelho celular que estava na posse do apelante) já se afigura suficiente à inequívoca conclusão de que a voz do interlocutor de alguns dos telefonemas era realmente a de Wanderson, com lastro no princípio do livre convencimento motivado do julgador.

[...]

Ao que se me afigura, o indeferimento da perícia mostrou-se escorреitamente motivado. Além do mais, diante da insurgência perante o Tribunal local, foram precisados, a meu sentir, os argumentos que conduzem à ausência de constrangimento. Destacou-se a menção aos apelidos e aos nomes dos investigados, bem como o fato de o aparelho celular e número do paciente encontrarem-se nos registros das ligações do telefone interceptado.

Acerca do critério que norteia o juízo de pertinência/relevância da prova, este Sodalício tem albergado a discricionariedade motivada:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Fundamentos insuficientes para reformar a decisão agravada. Indeferimento de provas. Nulidade não reconhecida. Não demonstração de prejuízo. Decisão de pronúncia. Verificação de indícios quanto à autoria e materialidade. Reexame de provas. Impossibilidade.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. A produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, indeferir motivadamente as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias.

3. *In casu*, o Juiz de primeiro grau indeferiu o requerimento de produção de provas, registrando, expressamente, que a mera insatisfação com o resultado da perícia não era motivo suficiente para determinar nova diligência.

4. O agravante não demonstrou o efetivo prejuízo pelo indeferimento da produção de prova, sendo, assim, impossível o reconhecimento de eventual nulidade, nos termos do que dispõe o princípio do *pas de nullité sans grief*, assentado no art. 563 do Código de Processo Penal.

5. Acolher a tese de ausência de indícios mínimos para respaldar a pronúncia exige exame apurado do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

6. A necessidade do reexame da matéria fática impede a admissão do recurso especial tanto pela alínea "a", quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional.

7. Confirmada a presença de elementos probatórios mínimos de materialidade e autoria, pelas instâncias ordinárias, bem como ausentes as hipóteses de absolvição do art. 415 do Código de Processo Penal, a sentença de pronúncia é medida que se exige, haja vista a sua natureza jurídica de mero juízo de admissibilidade da acusação.

8. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 186.346/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 18/09/2012, DJe 21/09/2012.)

Habeas corpus. Tráfico de drogas e associação para o tráfico (artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei 11.343/2006). Alegada nulidade da audiência de instrução e julgamento. Ato processual que teria sido realizado antes da apreciação dos pedidos de prova formulados pela defesa em resposta preliminar. Ausência de documentação comprobatória da suposta mácula. Necessidade de prova pré-constituída. Coação ilegal não evidenciada.

1. 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 suportado pelo paciente.

2. Na hipótese vertente, não há, nos documentos que instruem o remédio constitucional em apreço, comprovação alguma de que a magistrada singular não decidiu sobre os pleitos formulados pela defesa antes da audiência de instrução e julgamento, afirmação que se encontra isolada no *mandamus*.

3. Ademais, deve-se destacar que também não há nos autos evidência alguma de que a defesa tenha se insurgido, questionado ou contestado eventual omissão judicial no exame dos pedidos de provas e diligências antes da implementação da audiência de instrução e julgamento, ou mesmo reiterado o que requerido em sede de defesa preliminar antes da realização do mencionado ato processual.

4. Ainda que assim não fosse, deve-se frisar que, ao contrário do que sustentado pelo impetrante, os §§ 4º e 5º do artigo 55 da Lei 11.343/2006 não impõem o deferimento e a efetivação de todas as provas solicitadas pelas partes antes da audiência de instrução e julgamento, conferindo ao Juízo a faculdade, e não a obrigação, de determinar a realização de diligências, exames e perícias.

5. Assim, mesmo que estivesse comprovada eventual falta de apreciação judicial sobre os pedidos formulados pela defesa do paciente, o que não é o caso, o certo é que a Lei de Drogas não determina que todas as provas ou diligências pleiteadas pelas partes sejam deferidas pelo Juízo, tampouco que sejam efetivadas antes da audiência de instrução e julgamento.

6. Aliás, é imperioso frisar que em qualquer espécie de rito ou procedimento, é pacífico o entendimento de que ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, da produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte, ônus do qual não se desincumbiu o impetrante.

[...]

3. Ordem denegada. (HC 211.459/PB, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 19/12/2011.)

Com relação à alegação de cerceamento de defesa diante da negativa de oitiva das testemunhas defensivas, impende destacar que o patrono do increpado requestou a produção da prova, entretanto, não localizados os indivíduos, conforme certificado à fl. 174, não logrou o causídico indicar os novos endereços das testemunhas, sendo o pleito indeferido. Eis o *decisum* (fl. 175):

Vistos, etc.

Considerando que as testemunhas de defesa não foram localizadas para intimação, intime-se o Douto Defensor para

que no prazo de 03 dias se manifeste se desiste ou insiste no depoimento delas, sendo que neste último caso deverá informar o endereço nos autos.

Advirta ao Douto Defensor de que o silêncio será entendido como desistência da oitiva das testemunhas.

Decorrido o prazo supra, venham os autos conclusos.

Certificou-se, então, o transcurso do prazo *in albis* (fl. 176).

Na sentença, disse o julgador (fl. 188):

[...]

Em terceira preliminar, alegar a d. Defesa cerceamento de defesa pela não oitiva das testemunhas de defesa.

Melhor sorte não assiste ao combatente Defensor, tendo em vista que foi determinado a expedição de Carta Precatória para oitiva das testemunhas arroladas pela defesa. Contudo, as mesmas não foram encontradas (f.775) e, determinado a intimação do nobre Defensor para informar o correto endereço das testemunhas ou mesmo substituí-las, o mesmo permaneceu silente, conforme conta às f. 777/779.

[...]

O areópago mineiro enfatizou o seguinte (fl. 214):

[...]

Ainda em sede preliminar, a combativa defesa sustentou a ocorrência de cerceamento de defesa, em razão da não-oitiva das testemunhas arroladas pelo apelante, as quais não teriam sido procuradas pelo oficial de justiça.

Todavia, melhor sorte não lhe socorre. Ao contrário do que afirmou a ilustre defesa, um oficial de justiça tentou localizar as duas testemunhas arroladas à fl. 352, cumprindo a precatória expedida em atenção ao requerimento defensivo; todavia, não obteve êxito na localização e intimação das testemunhas (vide mandado e certidão à fl. 775). Assim, o douto magistrado a quo providenciou a intimação do defensor do apelante, para que, querendo, insistisse no depoimento daquelas, com a atualização ou correção dos respectivos endereços; no mesmo despacho, deixou consignado que a inércia do causídico seria interpretada como desistência tácita de tais oitivas (fl. 777). Não obstante, o insigne advogado, devidamente intimado (fl. 777v), manteve-se silente (certidão de fl. 778) e, em consequência, a instrução probatória foi declarada encerrada (fl. 779).

O julgador monocrático agiu com seu costumeiro acerto, visto que não poderia submeter o impulso oficial de andamento do processo ao alvedrio da defesa, comprometendo a celeridade processual. Outrossim, a ilustre defesa não demonstrou a ocorrência do real e efetivo prejuízo sofrido pelo apelante com a não-oitiva das duas testemunhas arroladas, nem mesmo explicitando o motivo pelo qual teriam elas informações essenciais à elucidação do caso. Neste ponto, resta inviabilizada a possibilidade de anulação parcial da ação penal.

Isto posto, afasto a preliminar suscitada.

[...]

De se notar que a decisão prolatada pelo Juízo de origem foi respaldada na redação da norma processual vigente ao tempo do *decisum*. Ei-la:

Art. 405. Se as testemunhas de defesa não forem encontradas e o acusado, dentro em três dias, não indicar outras em substituição, prosseguir-se-á nos demais termos do processo.

Ao que cuida, não merece reproche o posicionamento exarado pelas instâncias de origem.

Com efeito, o juiz singular não negou a produção da prova de forma inidônea. A impossibilidade de se intimar uma testemunha, cuja localização não se conhece, nem fora mencionada pela defesa, sustenta a decisão pela dispensabilidade do testemunho, de modo a se evitar possível e indevida procrastinação no feito.

Decerto não ser o magistrado obrigado, se não provocado por fundamentos necessários, a realizar todo e qualquer tipo de prova para a averiguação da autoria delitiva - seja o exame de constatação de voz ou a oitiva de testemunhas defensivas não localizadas -, em especial se os elementos carreados aos autos revelam-se suficientes para a formação de seu convencimento.

Nesse sentido, confirmam-se estes julgados:

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Pedido de oitiva de informante. Testemunha companheira do réu. Pedido indeferido devidamente motivado. Cerceamento de defesa não configurado.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- O simples fato de ser ex-companheira da vítima ou atual companheira do paciente não enseja a exclusão dos depoimentos da informante, pois não há nenhuma norma legal que impeça que qualquer pessoa com vínculo afetivo com a vítima ou com o paciente se manifeste nos autos. Isso porque o juiz pode tomar o depoimento da testemunha, ainda que não preste compromisso, a fim de buscar a verdade real dos fatos.

- É entendimento pacificado nesta Corte que ao julgador, que é o destinatário das provas, é conferido poder discricionário para indeferir diligências que considere protelatórias ou desnecessárias, levando-se em conta a necessidade de sua realização.

- No caso, não há se falar em cerceamento de defesa, ao passo que, o magistrado responsável pelo feito, indeferiu, motivadamente, a oitiva da informante requerida pela defesa, entendendo ser desnecessária a realização da prova solicitada, por considerar as provas contidas nos autos suficientes para a formação do juízo, bem como por não ter o paciente alegado a nulidade em momento oportuno, acarretando a preclusão da matéria.

- *Habeas corpus* não conhecido. (HC 214.788/GO, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, julgado em 02/05/2013, DJe 08/05/2013.)

Agravo regimental em *habeas corpus*. Tese de nulidades processuais. Ausência do membro do Ministério Público numa audiência de oitiva de testemunha de defesa e indeferimento injustificado do magistrado singular na substituição das testemunhas de defesa não encontradas, em afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Petição inicial indeferida liminarmente. Utilização do *writ* como substitutivo de recurso ordinário. Impossibilidade. Inexistência de ilegalidade manifesta.

1. É inadmissível o emprego do *habeas corpus* em substituição a recurso especialmente previsto no texto constitucional ou a revisão criminal (precedentes do STJ e do STF).

2. A decisão recorrida apreciou, fundamentadamente, o pedido formulado no presente *writ*, guardando perfeita e absoluta consonância com a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior de Justiça, dando-lhe, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelos agravantes.

3. Não existindo ilegalidade manifesta a ser reparada, é de rigor a manutenção da decisão que indeferiu liminarmente o *writ*.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 265.111/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/04/2013, DJe 30/04/2013.)

Habeas corpus. Tráfico transnacional de entorpecentes. Ação penal. Trancamento. Desconhecimento da existência de substância entorpecente na sua bagagem. Fragilidade do conjunto probatório. Ausência de dolo. Sentença condenatória confirmada pelo tribunal de origem em sede de apelação criminal. Necessidade de revolvimento aprofundado de matéria fático-probatória na via estreita do *writ*. Impossibilidade.

1. A teor do entendimento pacificado nesta Corte, o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* é medida de exceção, admissível apenas quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes.

2. Na hipótese em apreço, a análise da suposta ausência de dolo na conduta do paciente, sob o argumento de que este desconhecia a existência de substância entorpecente na sua bagagem, demandaria, necessariamente, o revolvimento da matéria fático-probatória, providência vedada em sede de *habeas corpus*, mormente quando a responsabilidade criminal do paciente foi reconhecida no âmbito do devido processo legal com a prolação de sentença condenatória, a qual foi confirmada pelo Tribunal de origem em sede de apelação criminal, vias dotadas de ampla cognição.

Prisão em flagrante. Sentença condenatória. Manutenção da custódia cautelar. Ameaça à aplicação da lei penal. Paciente estrangeiro. Fragilidade do vínculo com o país. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. A prisão cautelar do paciente encontra motivação idônea na necessidade de se garantir a aplicação da lei penal, já que se trata de estrangeiro que não possui vínculo com o país, circunstância que torna evidente a possibilidade de fuga.

Cerceamento de defesa. Testemunhas arroladas fora da comarca e do país. Necessidade de serem ouvidas via cartas precatória e rogatória. Indeferimento. Imprescindibilidade da prova não justificada. Ilegalidade. Não ocorrência.

1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, da produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte.

2. Na hipótese dos autos, o impetrante cingiu-se a reclamar pela oitiva de testemunhas localizadas no estado de São Paulo e na África do Sul, sem, contudo, justificar em que medida tais declarações contribuiriam para a sustentação das teses defensivas. Ademais, o magistrado singular, antes da prolação da sentença condenatória, determinou a oitiva das testemunhas residentes no estado de São Paulo, sendo certo que as cartas precatórias retornaram sem cumprimento, em razão da não localização daquelas, tendo a defesa deixado transcorrer *in albis* o prazo para a indicação de novo endereço.

Novos endereços de testemunhas a serem ouvidas via carta precatória apresentada intempestivamente. Intimação feita pessoalmente a uma das causídicas constituídas. Decurso do prazo. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Ordem denegada.

1. Tendo em vista o caráter progressivo do qual é revestido o processo, não apresentados os novos endereços das testemunhas a serem ouvidas via carta precatória no prazo legal, não se vislumbra constrangimento ilegal na atuação do magistrado que procede à prolação da sentença condenatória, mormente em razão da não demonstração da relevância dos seus depoimentos para a sustentação da tese defensiva.

2. Ordem denegada. (HC 99.798/CE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/09/2009, DJe 28/09/2009.)

Por fim, não há falar em nulidade diante da não apresentação do paciente nas audiências realizadas para ouvir as testemunhas de acusação.

Requerida a presença do acusado nas oitivas, eis o dito pelo julgador singular, em 10.1.2008 (fls. 138/139):

[...] Quanto ao requerido pelo Douto Defensor, acorde o Ministério Público, e considerando ser direito do acusado, defiro o pedido. Não obstante isso, compulsando os autos verifica-se que as testemunhas arroladas na denúncia são residentes neste Estado, em especial nesta cidade e Comarca e ainda na contígua Comarca de Pratápolis/MG, o que atendo ao princípio da celeridade processual, mesmo porque o presente feito vem se arrastando desde o ano de 2006 sem ao menos ter iniciado a instrução, é de bom alvitre seja o acusado recambiado para a Cadeia Pública local, onde deverá aguardar a instrução do feito o que para tanto determine seja oficiada a Comarca de Cerqueira César/SP, onde o acusado se encontra segregado na penitenciária de Iaras/SP, com o objetivo de autorizar o recambiamento do mesmo para esta Comarca até a instrução do feito, em caráter de urgência devendo para tanto ser enviado ofício também via fax, vez que foi expedida carta precatória para oitiva das testemunhas arroladas na acusação. Com o recambiamento venham os autos conclusos para designação de audiência. [...]

Sobreveio ofício da autoridade prisional no sentido da impossibilidade em se atender o pretendido. Posteriormente, assim explanou o administrador do presídio de Passos/MG, local para o qual o segregado deveria ser transferido, *verbis* (fl. 154):

[...] atualmente o Presídio de Passos está superlotado e o efetivo de agentes penitenciários está deficitário, portanto, as condições de segurança não são muito favoráveis, ainda mais, em se tratando do detento Wanderson Henrique Falcão Belizário, conhecido na mídia como um dos líderes da facção criminosa PCC (Primeiro Comando da Capital), não seria apropriado transferi-lo, pois, trata-se de um indivíduo de alta periculosidade para a segurança pública da cidade. Entendemos que o local onde o detento supracitado encontra-se recolhido, por se tratar de Penitenciária, atende melhor as condições de segurança exigidas, quando se trata de um detento desta magnitude.

[...]

Diante disso, o magistrado asseriu o seguinte (fl. 163):

Vistos etc.

Diante da informação do Ilustre Diretor do Presídio local no sentido de que não há segurança para custodiar o preso Wanderson Henrique Falcão Belizário, oficie-se a Comarca

de Avaré/SP, encaminhando cópia do ofício de f. 720 e dispensando a transferência do mesmo para esta Comarca.

Desde já, designo o dia 30/06/08 às 16:00 horas para oitiva da testemunha, Policial Civil Gustavo Vilela Silva.

Ouçã-se a defesa para que no prazo de 05 (cinco) dias se manifeste quanto à necessidade de escolta do réu para as audiências para a oitiva das testemunhas que serão ouvidas nesta e na Comarca de Pratápolis. Advirta-se o Nobre Defensor que o silêncio será entendido como dispensa da escolta. Caso não haja dispensa, oficie-se requisitando escolta para as audiências.

Conquanto reiterada a necessidade da presença do réu pela defesa em audiência, a assentada ocorreu em 30.6.2008, mesmo sem o increpado e o seu causídico no local, sendo nomeado defensor *ad hoc* para o ato processual. Veja-se o salientado no termo (fl. 171):

Aos trinta dias do mês de junho de 2008, às 16:00 horas, na sala de audiência do MM. Juiz de Direito, Dr. Arsênio Pinto Neto, comigo Escrevente ao final nomeado e assinado, foi ordenado ao Sr. Oficial Porteiro que procedesse, com as formalidades legais, ao pregão das partes e de seus respectivos procuradores. Apregoados, compareceu: o(a) Promotor(a) de Justiça, Dr(a). Claudine Lara Aurélio Bettarello. Ausente o acusado. Presente o Dr. Félix Ferreira Pinto, OAB/MG nº 75.639, nomeado somente para o ato. Iniciados os trabalhos, foi ouvida uma testemunha arrolada na acusação, Conforme termo em apartado. Pelo MM. Juiz foi proferida a seguinte decisão: 'Vistos, etc. Com efeito, não obstante a ausência do réu bem como do seu defensor, embora devidamente intimados e solicitado a requisição do primeiro, mas considerando o teor de ofício enviado a este Juízo pelo nobre colega da Comarca de Cerqueira César/SP e ainda o informado pelo Diretor do presídio local, onde relata que o presídio não possui segurança suficiente para acolher o acusado, diante da periculosidade do acusado e não havendo segurança suficiente nesta cidade para escolta-lo, e mais, não vislumbrando nenhum prejuízo à defesa passo a oitiva da testemunha sem a presença do acusado, nem mesmo do seu defensor constituído, vez que este embora devidamente intimado não compareceu, e em caráter excepcional nomeio somente para o ato como defensor dativo do acusado o Dr. Félix Ferreira Pinto, nos termos da Lei 13166/99, arbi-trando os honorários advocatícios às expensas do Estado no importe de quinhentos reais, devendo para tanto de imediato ser expedida a competente certidão. Expeça-se carta precatória para oitiva das testemunhas arroladas pela defesa do acusado Wanderson, assinalando prazo de vinte dias para cumprimento por se tratar de réu preso.' [...]

Na decisão condenatória, assim o magistrado apreciou a temática (fl. 189):

[...]

Em quarta preliminar, alega a d. Defesa nulidade do feito, tendo em vista que o acusado não foi apresentado quando da audiência de instrução.

É bem verdade que este Julgador, tentou de todas as formas valer o direito do acusado de se fazer presente quando da oitiva das testemunhas, conforme decisão de f. 688/689, contudo se tornou impossível, diante do informado pelo nobre colega da Segunda Vara Judicial da Comarca de Avaré-SP, f. 717/718; 743/744 e o informado pelo Diretor do Presídio local às f. 720, onde relata a alta periculosidade do acusado,

bem como de ser ele integrante de facção criminosa e mais, de que o presídio local não possui condições de segurança suficientes para manter encarcerado o acusado nesta Cidade, principalmente levando em consideração de ser ele integrante de facção criminosa, conforme provas nos autos, em especial o informado pelos policiais responsáveis pela investigação e prisão do demais Réus.

Assim, diante de tais informações, deve-se sobrepor o interesse coletivo ao individual, sendo certo que nesta Comarca não possui sistema de videoconferência.

Lado outro, tal fato não trouxe nenhum prejuízo ao acusado, não havendo assim que falar em nulidade.

[...]

Já o Colegiado estadual mencionou o seguinte (fl. 214):

[...]

A insigne defesa trouxe, ainda, outra preliminar de cerceamento, decorrente da não-apresentação do apelante nas audiências realizadas para oitiva das testemunhas de acusação, impedindo-o de melhor articular seus argumentos junto ao seu defensor presente no ato.

Mais uma vez, concebo que razão não lhe assiste. A impossibilidade fática de apresentação de Wanderson nas audiências de instrução processual foi devida e minuciosamente elucidada pelo magistrado sentenciante, o qual tentou inclusive viabilizar tal pleito, empreendendo esforços neste sentido, conforme se observa no despacho exarado às fls. 688/689 e nos ofícios expedidos pelo Juízo a quo. Contudo, diante das informações prestadas às fls. 716/718 e 743/744 e, principalmente, do relato feito pelo Diretor do estabelecimento prisional local à fl. 720, restou patente a inviabilidade de recambiamento de Wanderson para que pudesse acompanhar as audiências de oitiva das testemunhas, na medida em que se trata de indivíduo de altíssima periculosidade (integrante da organização criminosa PCC, conforme se expôs no depoimento de fl. 762) e a cadeia pública local não teria condições de segurança para custodiá-lo.

Assim, no sopesamento de princípios constitucionais envolvidos, mostraram-se razoáveis e prudentes as decisões de fls. 746 e 761, ao dispensarem o inviável recambiamento e requisição mediante escolta de Wanderson, pois não seria exigível o sacrifício da segurança pública da comarca de origem, que não possuía sistema de videoconferência, tão-somente para resguardar ao acusado a possibilidade de estar pessoalmente presente na audiência.

Ademais, resta cediço que, nas lides penais hodiernas, os acusados comumente não comparecem em tais atos processuais, inclusive com a dispensa e aquiescência de seus defensores, sem que isto implique prejuízo à ampla defesa. O que se afigura imprescindível em tal momento processual é a disponibilização da defesa técnica, o que foi facultado ao apelante, com a nomeação de defensor *ad hoc* no ato processual, diante do não-comparecimento imotivado de seu patrono.

Neste ínterim, rejeito a preliminar.

[...]

Segundo a jurisprudência desta Corte, a ausência de réu preso e do seu defensor constituído - que foi regularmente intimado - para a audiência de oitiva de testemunhas das testemunhas de acusação, ato para o qual se nomeou defensor *ad hoc*, constitui nulidade relativa, sendo indispensável a comprovação de prejuízo, o que

não se verificou na hipótese. Desse modo, tenho como inviável o reconhecimento de nulidade no ponto.

É fundamental ter em mente que a disciplina das nulidades não se assenta na forma pela forma, mas, antes, tem em mira o cumprimento de metas, politicamente orientadas, sob o signo do cumprimento do *ethos* justiça. Não sendo trazida à baila qual a influência gerada pela atuação do Poder Judiciário, não haverá nulidade.

A posição ora externada assenta-se no princípio da instrumentalidade das formas. A propósito, eis a lição do Professor Associado da Faculdade de Direito da USP, Gustavo Badaró:

Como explica Tornaghi, 'a forma, o lugar e o tempo dos atos processuais são determinados com critério teleológico, isto é, para o fim de assegurar certos bens jurídicos que a lei reputa politicamente necessários ou tecnicamente convenientes'. Por isso, as formas não são um fim em si mesmas. Ao contrário, são meios que permitem que o ato atinja seus fins.

O princípio da instrumentalidade das formas equivale ao princípio do prejuízo pelo qual não se anula o ato se da atipicidade não decorreu prejuízo para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 563. Esta regra é a 'vígia mestra em matéria de nulidade' (Tourinho). O art. 566 do CPP completa tal regime de flexibilização das formas ao dispor que não se declara a nulidade que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa. Trata-se da conhecida máxima *pas de nullité sans grief*.

Segundo a maior parte da doutrina, o princípio do prejuízo não se aplica às nulidades absolutas, em que o 'prejuízo é presumido'. Tal posição não é correta por partir da premissa equivocada de que a forma é um fim em si mesma. Atendendo-se para o caráter instrumental do processo, conclui-se que, mesmo nos casos em que o vício poderia caracterizar nulidade absoluta, se o ato cumpriu sua finalidade, não há que falar em nulidade. Por sua vez, quanto às nulidades relativas, há consenso de que sua decretação depende da demonstração do prejuízo.

Toda nulidade exige um prejuízo. Há casos em que o prejuízo é evidente. No entanto, isso não se confunde com a não ocorrência, apenas sendo desnecessário demonstrá-lo. Excepcionalmente, mesmo em uma das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido. (Processo penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 577-578).

Nesse sentido, eis a jurisprudência desta Casa de Justiça:

Criminal. *Habeas corpus*. Latrocínio. Roubo circunstanciado. Sentença transitada em julgado. Revisão criminal julgada improcedente. Esgotamento das vias ordinárias e extraordinárias. Desvirtuamento do writ. Alegação de nulidade. Cartas precatórias não cumpridas no prazo. Proferimento de sentença. Ausência de constrangimento ilegal. Sentença proferida por magistrado que não presidiu a instrução processual. Aplicação analógica do art. 132 do Código de Processo Civil. Reconhecimento fotográfico. Condenação lastreada em outros elementos constantes dos autos. Audiência de instrução realizada sem a presença do paciente. Cerceamento não demonstrado. Ordem denegada.

I. Hipótese em que a defesa esgotou todos os meios ordinários e extraordinários para discussão da condenação,

tendo oferecido apelação, recursos especial e extraordinários, agravo de instrumento contra a inadmissão na origem, e revisão criminal contra a sentença.

II. *Habeas corpus* impetrado em claro desvirtuamento de sua finalidade excepcional e de urgência.

III. Vencido o prazo para cumprimento das cartas precatórias, não há constrangimento ilegal na prolação da sentença. Precedentes.

IV. A via do *habeas corpus*, caracterizada pela estreiteza cognitiva, não é adequada para a análise de alegações cujo deslinde requer exame de provas.

V. A inovação processual promovida pela Lei n.º 11.719/2008, que inseriu o princípio da identidade física do juiz no processo penal brasileiro, não comporta disposição com caráter absoluto, admitindo exceções.

VI. Na hipótese, não se vislumbra qualquer irregularidade, a ensejar o reconhecimento da nulidade apontada, no que se refere à prolação de sentença condenatória por magistrada que não presidiu a instrução criminal, conclusão externada por interpretação sistemática do art. 399, § 2.º, do Código de Processo Penal, em consonância com o art. 132 do Código de Processo Civil, tendo em vista que não logrou demonstrar que não se trata de caso de aplicação do dispositivo do CPC.

VII. A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido da validade do reconhecimento fotográfico, desde que não seja utilizado de forma isolada, mas se coadune com os demais elementos constantes dos autos.

VIII. Embora recomendável, a presença do acusado na audiência de instrução não é essencial para a validade do ato, eis que constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação concreta do prejuízo, mormente se a oitiva das testemunhas foi acompanhada pelo defensor por ele constituído.

IX. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

X. Ordem denegada. (HC 223.660/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012.)

Habeas corpus. Processual penal. Tráfico e associação para o tráfico internacional de drogas. Prisão cautelar. Excesso de prazo. Encerramento da instrução criminal. Questão prejudicada. Súmula 52/STJ. Prisão preventiva. Fundamentação. Aferição. Inviabilidade. Falta de cópia da decisão que a decretou. Interceptações telefônicas. Ausência de fundamentação. Análise. Inviabilidade. Instrução deficiente. Alegações não conhecidas. Cópia da denúncia. Recebimento integral pelo paciente. Cerceamento de defesa. Oitiva de testemunhas. Ausência de defensor. Nulidades que diriam respeito apenas a corréus. Acesso ao áudio das gravações telefônicas possibilitado. Defesa rejeitou a realização de audiência para a oitiva das mídias. Posterior alegação de cerceamento pela falta de acesso ao seu conteúdo. Aplicação da regra do art. 565 do CPP. Ausência do paciente à audiência de inquirição de testemunhas e ao interrogatório dos corréus. Nulidade. Ausência. Rito ordinário do CPP. Aplicação apenas se inexistente previsão de rito especial. Procedimento. Lei n. 11.343/2006. Presunção de que atende ao direito à ampla defesa. Realização de novo interrogatório após a instrução. Direito. Inexistência. Policiais paraguaios. Acesso ao conteúdo das gravações. Ilegalidade. Inexistência. Atuação em conjunto com a Polícia Federal brasileira por força de convênio oficial. Degravação e tradução. Perito oficial. Desnecessidade. Validade das transcrições e traduções feitas pelos policiais paraguaios que atuavam por força do convênio.

1. Encerrada a instrução criminal e oferecidas as alegações finais, fica prejudicada a alegação de excesso de prazo, nos termos da Súmula 52/STJ.

2. Não é possível a análise da alegação de que a prisão cautelar não estaria fundamentada se os autos não foram instruídos com cópia da decisão que a decretou e a cujos fundamentos se reportou o magistrado de primeiro grau, quando, ao rejeitar a defesa preliminar, manteve a segregação do paciente. Impossibilidade, inclusive, de se verificar se o Tribunal, ao denegar a ordem, teria inovado e trazido argumentação não expendida pelo Juízo singular.

3. Se não consta dos autos cópia das decisões que decretaram as interceptações telefônicas, é inviável a análise do argumento de que as prorrogações foram deferidas por meio de decisões substancialmente idênticas ou de que não estariam devidamente fundamentadas.

4. Ausência de juntada de documentos que embasariam a alegação de que as pretensas escutas telefônicas que teriam extrapolado o prazo para o qual haviam sido autorizadas diziam respeito a terminais utilizados pelo paciente ou de que as gravações tidas como ilícitas causaram prejuízo à defesa do paciente.

5. Não comportam conhecimento as questões cuja análise é impedida pela deficiente instrução dos autos.

6. Segundo a regra do art. 563 do Código de Processo Penal, somente se declara a nulidade se dela resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa; sendo relativa a nulidade arguida, cabe a demonstração do prejuízo à parte que a alega.

7. Inexistente a demonstração do gravame causado ao paciente - pelo fato de que, na oitiva de testemunhas, tanto pelo Juízo de origem como no cumprimento de carta precatória, alguns corréus teriam permanecido indefesos, pois ausente o defensor por eles constituído, sem que lhes fosse nomeado dativo -, não se declara a nulidade.

8. É descabido pronunciar-se acerca de pretensas nulidades relativas que diriam respeito a corréus, mas não ao paciente.

9. Se o paciente recebeu cópia integral da denúncia - sendo a aludida diferença do número de páginas entre a peça encartada nos autos da ação penal, protocolizada eletronicamente, e a via entregue ao paciente decorrente da utilização de formatação diferente, quando da sua impressão, de forma a diminuir a dimensão física do documento, mas sem supressão de texto -, não prospera a arguição de cerceamento de defesa.

10. Não se constata terem as normas de segurança do presídio prejudicado o acesso do paciente ao teor da acusação contra ele imputada. O impetrante, ademais, insurge-se contra elas de maneira abstrata, sem mencionar nenhum evento concreto ocorrido no estabelecimento prisional que tivesse interferido diretamente na sua atuação na defesa do paciente.

11. Segundo consta dos autos, desde o início da ação penal, todos os CD's com o áudio das gravações telefônicas esteve à disposição da defesa, tendo, ainda, o magistrado de primeiro grau possibilitado a realização de audiência conjunta para a oitiva das mídias, oportunidade em que o paciente teria acesso ao seu conteúdo, contudo a defesa rejeitou a proposta.

12. Ao rejeitar a realização da audiência para a oitiva das mídias, a defesa concorreu para a suposta nulidade que é por ela mesma agora suscitada, razão pela qual tem aplicação a regra do art. 565 do Código de Processo Penal.

13. O fato de o paciente, embora preso e requisitado pela autoridade judicial, não ter sido apresentado para a audiência de inquirição de testemunhas arroladas pela acusação constitui nulidade relativa, cuja declaração exige a efetiva demonstração do prejuízo sofrido, o que não houve no

caso concreto, mormente porque o advogado por ele constituído compareceu ao ato.

14. Não há previsão de que o réu deve estar presente ao interrogatório dos corréus ou de que todos os interrogatórios devem ser feitos pelo mesmo Juízo, com a requisição dos réus em vez da expedição de cartas precatórias, quando presos em localidades diversas, ou mesmo, como postulou a defesa, que dele deve ter ciência o acusado, em tempo real, por meio de sistema de transmissão de áudio.

15. Nos termos do art. 400 do Código de Processo Penal, o rito ordinário é aplicável tão somente quando não há procedimento específico previsto em lei especial (art. 394, § 2º, CPP), não havendo direito à realização de novo interrogatório, ao final da instrução, quando se trata de crime processado nos termos da Lei n. 11.343/2006.

16. Toda lei nasce com presunção de constitucionalidade ou, em outras palavras, presume-se que atende aos ditames da Constituição Federal.

17. O legislador, ao elaborar a Lei n. 11.343/2006, entendeu que a cadeia de atos processuais nela elencados era suficiente para atender aos postulados constitucionais, entre eles, o princípio da ampla defesa.

18. Hipótese em que, segundo a narrativa constante da exordial, o paciente optou por permanecer calado durante seu interrogatório, não havendo, salvo entendimento diverso do magistrado de primeiro grau, razão para que se repita o ato.

19. Afasta-se a alegação de que policiais paraguaios teriam tido acesso ilegal ao conteúdo das escutas telefônicas, uma vez que atuavam em conjunto com a autoridade policial nacional, por meio de convênio oficial firmado entre os governos brasileiro e paraguaio.

20. São válidas as degravações e traduções efetivadas pelos agentes da polícia paraguaia que atuavam em conjunto com a Polícia Federal brasileira, pois a Lei n. 9.296/1996 não exige que tal trabalho seja feito por perito oficial. Precedentes da Quinta Turma desta Corte.

21. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem denegada. (HC 218.200/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/06/2012, DJe 29/08/2012.)

Habeas corpus. Processo penal. Nulidade. 1. Ausência de defesa prévia. Intimação do defensor constituído. Nulidade relativa. 2. Audiência de oitiva de testemunhas em juízo deprecado. Ausência de defensor constituído. Nomeação de defensor dativo. Falta de requisição de réu preso. Nulidade. Inexistência. Necessidade de comprovação de prejuízo. 3. Ordem denegada.

1. A ausência de defesa prévia, peça facultativa na antiga redação do art. 395 do Código de Processo Penal, não

possui o condão de, por si só, nulificar a condução procedimental. Precedentes.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a falta de requisição de réu preso para a audiência de oitiva de testemunhas realizadas por precatória constitui nulidade relativa, sendo indispensável a comprovação de prejuízo.

3. A ausência do advogado constituído na audiência de oitiva de testemunhas não acarreta nulidade se o paciente foi representado por defensor dativo.

4. A intimação do réu para que constitua novo defensor, querendo, só se exige quando ocorre a renúncia do defensor constituído.

5. Ordem denegada. (HC 123432/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 01/09/2011, DJe 19/09/2011.)

Dessarte, como regra geral adotada pelo sistema brasileiro, a anulação de ato processual depende da demonstração de efetivo prejuízo, nos termos do artigo 563 do Estatuto Processual Repressivo, não logrando êxito a defesa na respectiva comprovação, apenas suscitando genericamente teses sem o devido suporte na concretude dos fatos - *pas de nullité sans grief*.

Nesse panorama, não se reconhecendo qualquer pecha no feito, a ensejar eventual nulidade, é inviável divisar patente ilegalidade hábil a ensejar a extraordinária cognição do *habeas corpus*.

Ante o exposto, não conheço do writ.

É como voto

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sr.ª Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sr.ª Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior.”

Brasília, 17 de setembro de 2013. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no DJe em 25.09.2013.)

...