

**HABEAS CORPUS Nº 524.937 - PR (2019/0227784-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
**IMPETRANTE** : LUCAS ANDREY BATTINI  
**ADVOGADOS** : LUCAS ANDREY BATTINI - PR082253  
GUILHERME MAISTRO TENÓRIO ARAÚJO - PR085597  
EDUARDO LANGE - PR088844  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ  
**PACIENTE** : CLEBER REZENDE DA CUNHA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, impetrado em benefício de CLEBER REZENDE DA CUNHA, contra acórdãos prolatados pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, nos autos do **HC** n. 0025626-39.2019.8.16.0000 e **HC** n. 0034336-48.2019.8.16.0000.

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve sua prisão convertida em preventiva pela prática, em tese, do delito previsto no art. 33, **caput**, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei n. 11.343/2006 e no art. 16, **caput**, da Lei n. 10.826/03.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante a eg. Corte de origem, que denegou a ordem, nos termos dos v. acórdãos de fls. 305-311, assim resumidos por suas ementas:

*"HABEAS CORPUS CRIME - TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO III, AMBOS DA LEI 11.346/2006) E POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16, CAPUT, DA LEI 10.826/2003) - DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA - NECESSIDADE DE RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA MOTIVADA EM ELEMENTOS CONCRETOS - PERICULOSIDADE SOCIAL EVIDENCIADA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - MEDIDA QUE NÃO VIOLA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - ORDEM DENEGADA" (fl. 305)*

*“HABEAS CORPUS CRIME - DENÚNCIA PELA PRÁTICA, EM TESE, DOS DELITOS PREVISTOS NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 E ART. 16, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/2003 - PRISÃO PREVENTIVA – ASPECTOS ATINENTES AOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA EM SI E À PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA EXTREMA POR CAUTELARES ALTERNATIVAS JÁ ANALISADOS NO HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 0025626-39.2019.8.16.0000, JULGADO POR ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA QUANTO A TAIS PONTOS – ARGUIÇÃO DE NULIDADE (I) PELO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA ANTES DA DEFESA PRÉVIA E INOBSERVÂNCIA DO RITO ESTABELECIDO PELO ART. 55 DA LEI Nº 11.343/2006 – PRINCÍPIO “PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF” - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO RITO COMUM EM SE TRATANDO DE INFRAÇÕES PENAIS DIVERSAS (DO RITO DA LEI ESPECIAL E DO RITO DA LEI PROCESSUAL PENAL) – PRECEDENTES DO STJ – ARGUIÇÃO DE NULIDADE (II) – ILEGALIDADE DO FLAGRANTE, DA INVASÃO DE DOMICÍLIOS E DA ILICITUDE DAS PROVAS DAÍ DECORRENTES – IMPROCEDÊNCIA DOS ARGUMENTOS – EXISTÊNCIA DA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA A CARACTERIZAR JUSTA CAUSA PARA O INGRESSO EM DOMICÍLIO – DENÚNCIAS ÀS AUTORIDADES POLICIAIS QUE, EM PRINCÍPIO, LEGITIMAM AS DILIGÊNCIAS EM FACE DOS SUSPEITOS (ENTRE ELES O PACIENTE) DA PRÁTICA DE CRIMES PERMANENTES (TRÁFICO DE DROGAS, POSSE DE ARMAS E MUNIÇÕES) E O INGRESSO EM DOMICÍLIO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, DEVIDAMENTE JUSTIFICADO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS ANTERIORES – PRECEDENTES DO STJ – EVENTUAL DIVERGÊNCIA POLICIAL SOBRE AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE DEMANDA ESCLARECIMENTO A SER FEITO NO CURSO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL – DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A ESTREITA VIA DO HABEAS CORPUS – IMPOSSIBILIDADE DE SE RECONHECER, NESTE MOMENTO, A ILICITUDE DAS PROVAS E DE SE APLICAR A DENOMINADA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA – ORDEM DENEGADA NA PARTE CONHECIDA” (fls. 431-432)*

Daí o presente **habeas corpus**, no qual o impetrante argumenta que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente da idoneidade dos fundamentos do decreto prisional, posto que baseada na gravidade em abstrato dos delitos e

ausência dos requisitos do art. 312, do CPP. Pondera que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis e que, por isso, faz jus a substituição da segregação por outras medidas cautelares diversas.

Alega, ainda, nulidade do processo porque *"a denúncia foi recebida na data de 19.jun.19 sem que fosse antes oportunizada a apresentação de defesa prévia ao paciente, conforme previsão do art. 55 da Lei 11.343/06" (fl. 9 da petição inicial)*.

Acrescenta que o paciente teve seu domicílio violado pelos policiais responsáveis pelo flagrante, sem que estivessem presentes os pressupostos constitucionais (art. 5º, XI, CF) para ingresso no interior da residência, ou seja, sem justa causa, sendo, portanto, nulo.

Aduz que, em razão da nulidade do flagrante, todas as provas obtidas naquele ato estão contaminadas pelo mesmo vício, configurando verdadeiras provas ilícitas por derivação, razão pela qual são imprestáveis ao julgamento do feito e devem ser desentranhadas dos autos.

Requer, ao final, a declaração de ilegalidade do flagrante, bem como das provas dele diretamente obtidos e, de efeito, a nulidade do recebimento da denúncia e de todos os demais atos que lhe são posteriores. Pugna, ainda, pela revogação da prisão preventiva do paciente e, subsidiariamente, a substituição desta por medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP. Não foi formulado pedido liminar.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 447-451.

Informações às fls. 458-467, complementadas às fls. 470-473.

O Ministério Público Federal, às fls. 476-478, manifestou-se pela prejudicialidade do **writ**, em parecer assim ementado:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO CABÍVEL NA ESPÉCIE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. NÃO CABIMENTO. RESTRIÇÃO AO*

*USO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CONDENAÇÃO PROFERIDA. WRIT PREJUDICADO. PARECER PELA PERDA DO OBJETO DO PRESENTE HABEAS CORPUS."*

É o relatório.

**Decido.**

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** substitutivo do recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso ordinário.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

No tocante ao pedido de revogação da prisão ou sua substituição por medidas cautelares diversas, o **habeas corpus** não comporta conhecimento, porquanto configurada evidente **reiteração de pedidos já apreciados por esta Corte**.

Isto porque, os argumentos lançados no presente **writ**, foram também apresentados no **habeas corpus** n. 523.650/PR.

Sobre a impossibilidade de não conhecimento de **habeas corpus** quando configurada reiteração de pedidos, confirmam-se os seguintes julgados:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO*

**EM HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. REITERAÇÃO DE PEDIDO. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. O recurso ordinário traz pedido idêntico ao formulado no HC 393.851/BA e em ambos se ataca acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia no Habeas Corpus n. 0023373-89.2016.8.05.0000. Referida impetração teve seu mérito julgado em maio do corrente ano.

2. Diante de inadmissível reiteração de pedidos, obstaculizado o conhecimento do recurso ordinário.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no RHC 84.693/BA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 16/08/2017)

**"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. JUNTADA DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA DA POLÍCIA MILITAR. NECESSIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. MATÉRIA PREJUDICADA. REITERAÇÃO DE PEDIDO. INDEFERIMENTO DE PROVAS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DENÚNCIA. DECISÃO DE RECEBIMENTO E AFASTAMENTO DA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO.**

1. O tema concernente à imprescindibilidade do BOPM não foi analisado pela Corte de origem, sendo, pois, inviável o exame direto por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Resta impedido o exame quanto a temas já decididos nos autos de habeas corpus anteriormente impetrados, por se tratar de mera reiteração de pedidos.

3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, que é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes" (REsp.1.519.662/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, j. em 18/8/2015, DJe 1/9/2015).

4. "A decisão que recebe a denúncia (CPP, art. 396) e aquela que rejeita o pedido de absolvição sumária (CPP, art. 397) não demandam motivação profunda ou exauriente, considerando a natureza interlocutória de tais manifestações judiciais, sob pena de indevida antecipação do juízo de mérito, que somente poderá ser proferido após o desfecho da instrução criminal, com a devida observância das regras processuais e

*das garantias da ampla defesa e do contraditório" (RHC 60.582/MT, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).*

*5. Devidamente motivado o decisum que afasta, expressamente, as teses expostas na resposta à acusação, ressaltando ser, ainda, necessária a instrução processual para análise das questões meritórias. Precedentes.*

*6. Com a superveniência da sentença, foram as preliminares analisadas pelo Juízo de primeiro, o que demonstra a ausência de qualquer prejuízo na espécie.*

*7. "Este Superior Tribunal já firmou a orientação no sentido de que, diante da prolação de sentença condenatória, fica superada a alegação de falta de fundamentação para o recebimento da denúncia" (AgRg no AResp 471.430/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 11/2/2015), e a sentença penal condenatória, inclusive, já transitou em julgado (e-STJ fls. 62/65).*

*8. Recurso em habeas corpus improvido." (RHC 84.050/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/08/2017)*

**"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. MATÉRIA ANALISADA EM PRÉVIO RECURSO EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DE PEDIDO. EXCESSO DE PRAZO PARA JULGAMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECURSO JÁ JULGADO. EVENTUAL DELONGA SUPERADA. RECURSO NÃO PROVIDO.**

*1. Não se conhece de habeas corpus que objetiva mera reiteração de pedido analisado em recurso anteriormente interposto. 2. "Julgado o Recurso em Sentido Estrito, resta superada a alegação de excesso de prazo para análise do mérito do referido recurso" (RHC n. 66.467/GO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 9/3/2016).*

*3. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 403.778/CE, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 10/08/2017)*

Quanto à alegação de que houve **violação ao domicílio** pelos policiais, sem autorização judicial e sem situação de flagrância que autorizasse a medida, razão não assiste ao impetrante.

É cediço que em se tratando de crimes de natureza permanente, como é o caso tanto do tráfico de drogas e o de porte ilegal de arma de fogo,

mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio de quem esteja em situação de flagrante delito, não havendo que se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida.

Vale dizer, em outras palavras, que o estado flagrancial dos delitos de tráfico de drogas e porte ilegal de armas de fogo, consubstanciam uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição, não havendo se falar, pois, em eventual ilegalidade no fato dos policiais terem adentrado na residência do paciente, pois o mandado de busca e apreensão é dispensável em tais hipóteses.

**Na espécie**, colhe-se do v. acórdão fustigado o seguinte, **verbis**:

*“Quanto à pretensa ilegalidade do flagrante e ingresso em domicílios sem prévia autorização judicial e da ilicitude das provas daí decorrentes, não enxergo, ao menos no estrito âmbito de cognição do habeas corpus, as nulidades aventadas.*

*Para o que aqui interessa, o Auto de Prisão em Flagrante (mov. 1.1 dos autos principais) e Boletim de Ocorrência (mov. 1.2 dos autos principais), além dos depoimentos dos policiais (mídia acostada aos mov. 1.3 e 1.4 dos autos principais) e dos Autos de Apreensão e Constatação Provisória da Droga (movs. 1.8 e 1.10 dos autos principais), evidenciam a dinâmica dos fatos e a situação de flagrância do paciente a justificar a justa causa para o ingresso em domicílio sem ordem judicial.*

*Com efeito. A partir de denúncias prévias ao DENARC, que levaram os policiais ao local, a atitude suspeita do paciente por ocasião da abordagem policial – que descartou objetos – justificou o ingresso em domicílio sem mandado judicial, mormente em se tratando de tráfico de drogas (crime de natureza permanente), assim como também o é o porte ilegal de arma de fogo.*

*Sublinhe-se que, ao chegar ao referido endereço, a equipe policial percebeu forte odor de maconha, bem como constatou que o paciente, ao se deparar com a equipe, dispensou um cobertor no fundo da residência e deteriorou 02 (dois) aparelhos celulares.*

*Trago, aqui, a título de complementação, a fundamentação apresentada pelo Procurador de Justiça Julio Cesar Caldas, em parecer de mov. 14.1, no qual, de forma detalhada, explica não existir qualquer ilegalidade no flagrante do paciente. Confira-se:*

*“(…)No caso em tela, não há nenhuma ilegalidade no flagrante realizado pelos policiais, pois já havia ocorrido operações prévias realizadas pelo DENARC nas proximidades do local, além da existência de denúncia anônima dando conta da prática do*

*tráfico de drogas na Rua Guaicurus, nº 110, Vila Matarazzo. Outrossim, ao chegarem ao aludido local, foram atendidos pelo denunciado CLEBER REZENDE DA CUNHA, que apresentando odor característico de maconha e antes de franquear a entrada da equipe policial, solicitou que esta aguardasse um momento e passou a ter atitude suspeita, consistente em dispensar um cobertor no fundo da residência e deteriorar 02 (dois) aparelhos celulares, ocasião em que a equipe policial, havendo, assim, evidente justa causa para adentrarem ao local. Ora, é cediço que o denunciado estava em flagrante delito quando preso pelos policiais, fato que se comprova do conjunto probatório erigido no caderno investigativo, especialmente pelo Auto de Exibição e Apreensão, de Constatação Provisória de Droga e Boletim de Ocorrência nº 2018/837722. Ademais, ressalta-se que os crimes em tela tratam-se de crime permanente, uma vez que o acusado mantinha, no interior de sua residência, entorpecentes e munições. Assim, apesar de se consumir com uma única ação (ao trazer o entorpecente e as armas e armazená-los), o resultado da conduta delituosa tem a potencialidade de se arrastar por longo período, estendendo o processo de consumação da infração penal (guardando e tendo em depósito). A partir de então, o resultado do crime (guardar e ter em depósito) arrasta-se por si mesmo, sendo desnecessárias novas condutas positivas por parte do autor do delito.*

*Arrastando-se a consumação do delito pelo tempo, ao ser preso em flagrante delito, está o agente criminoso em plena execução do delito, uma vez que permanece lesionando o bem jurídico tutelado. Nesse sentido, em consonância ao disposto no artigo 303, do Código de Processo Penal, o denunciado, ao ser preso em flagrante delito pelos policiais, estava em plena consumação dos crimes narrados na denúncia, uma vez que guardava e tinha em depósito, para venda ou entrega a consumo de terceiros, drogas, bem como munições, estando plenamente autorizada, pela Constituição Federal, a entrada no domicílio do acusado. Frisa-se, novamente, que os agentes policiais que realizaram a diligência notaram a escancarada atitude suspeita do acusado, o que, somado ao fato de ser um local amplamente conhecido por tráfico de drogas, constitui motivo idôneo para autorizar o ingresso dos policiais na residência.*

*(...) Dessa feita, independente das eventuais pequenas divergências nos depoimentos dos policiais, extrai-se que os agentes públicos, de forma uníssona, afirmaram que visualizaram o réu em atitude suspeita, em um local conhecido pela prática de tráfico, e quando este visualizou a equipe policial, passou a ter*



***atitude suspeita, passando a destruir celulares que estavam em sua posse.***

*Ora, Excelência, tais fatos constituem inequívoca justa causa para ensinar a entrada dos policiais na residência do denunciado, revestindo o flagrante e, por consequência, as provas obtidas de legalidade.*

*Diante de tais circunstâncias, não seria razoável exigir que os policiais militares formalizassem a suspeita e aguardassem a expedição de um mandado de busca e apreensão para, somente então, adentrarem a residência . Pelo contrário: **a imediata ação da polícia, fundamentada na fundada suspeita de perpetração de ilícito pelo acusado, possibilitou a apreensão de 09 (nove) porções, pesando aproximadamente 508g (quinhentos e oito gramas), da substância entorpecente Cannabis Sativa Linneu, que possui como componente básico o THC (tetrahydrocarbinol), vulgarmente conhecida por 'maconha, além de além de 01 (uma) balança de precisão da marca Diamond, 02 (dois) sacos plásticos contendo em seu interior diversos outros sacos plásticos transparentes vazios utilizados para embalagem de drogas para venda e 02(dois) aparelhos celulares danificados, sendo 01 (um) da marca Motorola e 01 (um) da marca Samsung, bem como 01 (uma) arma de fogo de uso restrito, calibre 38, marca Rossi, com número de série suprimido, municiada com 03 (três) cartuchos intactos de mesmo calibre, que o denunciado CLEBER REZENDE DA CUNHA , ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, agindo dolosamente, possuía e mantinha sob sua guarda (...)** – sublinhei.” (fls. 437-440, grifei)*

Como se observa dos excertos acima transcritos, haviam notícias da prática de crimes na região e os policiais já vinham investigando o local, sendo que, ao se dirigiram até a residência do paciente e pedirem acesso ao interior da residência, ***“visualizaram o réu em atitude suspeita, em um local conhecido pela prática de tráfico”***, logrando encontrar arma de fogo de uso restrito, munições, drogas, balança de precisão, além de constatarem que o paciente tentou se desfazer de alguns celulares, o que, a meu ver, corroborou as suspeitas e notícias dos ilícitos, justificando, assim, o ingresso na casa.

Dessarte, considerando a existência de informações de que o local era utilizado para o crime de tráfico de drogas, bem como a apreensão de arma de

fogo, munições e drogas, caracterizado está o flagrante de **crime permanente**, mostrando-se prescindível o mandado judicial **in casu**.

Sobre o tema, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

*"RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. NECESSIDADE DE FUNDADAS RAZÕES. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL. ELEMENTOS FUNDADOS DA SUSPEITA DA PRÁTICA DE CRIME. DOSIMETRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.*

*1. Ainda que seja incontroverso que nos delitos permanentes o estado de flagrância se protraia ao longo do tempo, deve ser demonstrada a presença de fundadas razões que demonstrem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito para que reconhecida a legalidade da busca domiciliar realizada.*

*2. Por outro lado, conforme enfatizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO, não há de se exigir uma certeza acerca da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, sendo bastante a demonstração, compatível com a fase de obtenção de provas, de que a medida foi adotada mediante justa causa, com amparo em elementos que indiquem a suspeita da ocorrência de situação autorizadora do ingresso forçado na casa.*

*3. Na espécie, tendo restado incontroverso nos autos que, após prévia delação anônima, os policiais - antes de ingressarem no imóvel - observaram por uma janela que o recorrido estava com uma arma de fogo em mãos dentro da residência, evidencia-se a presença de elementos fundados da possível prática de crime, a permitir a quebra da garantia da inviolabilidade de domicílio.*

*4. Ao realizar a dosimetria, o magistrado, observando princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais, deverá buscar a individualização concreta da pena, para que seja eleito um quantum adequado àquela conduta criminal efetivamente realizada, visando à prevenção e à reprovação do delito praticado.*

*5. As instâncias ordinárias adotaram fundamentação concreta para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto diante da sofisticação e abrangência da*

*associação criminosa.*

6. *Recurso especial a que se nega provimento.*" (REsp 1714910/SP, **Sexta Turma**, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 27/04/2018, grifei).

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. EXCESSO DE PRAZO. DEMORA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ENUNCIANDO N. 64 DA SÚMULA DO STJ. MORA PROVOCADA EM PARTE PELA DEFESA. TRÂMITE REGULAR DO FEITO. RAZOABILIDADE. PENA DE 13 ANOS DE RECLUSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MANDAMUS NÃO CONHECIDO.*

1. *Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.*

*[...]*

7. *A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior é no sentido de que, nos casos de crime permanente, não há ilegalidade na busca e apreensão por violação de domicílio, uma vez que a própria Constituição Federal autoriza a entrada da autoridade policial seja durante o dia, seja durante a noite, independente da expedição de mandado judicial.*

*Habeas corpus não conhecido.*" (HC 309.567/CE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 13/04/2018, grifei).

Logo, sendo hígido a situação de flagrante, conforme se apontou em linhas volvidas, **resta prejudicada a alegação de nulidade das provas - ilícitas por derivação** - obtidas no cumprimento da atividade policial que ingressou no interior da residência do paciente sem mandado judicial.

No que **concerne à alegação de nulidade** decorrente do recebimento da denúncia *"sem que fosse antes oportunizada a apresentação de defesa prévia ao paciente, conforme previsão do art. 55 da Lei 11.343/06"* (fl. 9), ou seja, pela **aplicação do rito comum ordinário ao tráfico de drogas**, esta

Corte de Justiça já se manifestou iterativamente no sentido de que este é o procedimento adequado nas ações penais em que são apurados, além dos crimes tipificados na Lei n. 11.343/06, condutas previstas em legislação diversa.

No caso, trata-se de feito complexo, no qual além do delito de tráfico, pelo qual o paciente foi denunciado, também foi imputada a prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e de munições. Justificada, pois, a adoção do rito comum ordinário.

Sobre a questão, confirmam-se os seguintes precedentes:

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. NULIDADE PELA NÃO ADOÇÃO DO RITO PREVISTO NA LEI N. 11.343/06. INOCORRÊNCIA. CRIMES DIVERSOS. MAIOR AMPLITUDE DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HISTÓRICO CRIMINAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

*1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.*

*2. Na linha da jurisprudência iterativa desta Corte Superior, não há falar em nulidade pela adoção do rito ordinário quando, além de delitos tipificados na Lei n. 11.343/06, apuram-se crimes diversos, como, na espécie, o de porte ilegal de arma de fogo. Isso porque o procedimento ordinário, de maior amplitude, permite o pleno exercício do direito de defesa. Precedentes.*

*[...]*

*Habeas corpus não conhecido." (HC 366.962/PA, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Pacionik, DJe 28/11/2016, grifei).*

**"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, USO DE DOCUMENTO FALSO, FALSA IDENTIDADE, POSSE ILEGAL DE**

**ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. NULIDADE DO PROCESSO EM FACE DA INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NA LEI 11.343/2006. CONEXÃO ENTRE OS DELITOS DE TRÁFICO E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO IMPUTADOS A TODOS OS ACUSADOS E OS DEMAIS ILÍCITOS ASSESTADOS APENAS AOS CORRÉUS. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO MAIS AMPLO. EIVA NÃO EVIDENCIADA.**

1. Embora o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito por outro, não se pode olvidar que as regras procedimentais não possuem vida própria, servindo ao regular desenvolvimento do processo, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto.

2. A adoção de procedimento incorreto só pode conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes, circunstância não evidenciada na hipótese dos autos, em que se apura numa mesma ação penal a prática dos crimes de uso de documento falso, de falsa identidade, de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido e de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, submetidos ao procedimento comum ordinário, e de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, cujo processo e julgamento segue o rito da Lei 11.343/2006.

3. Havendo conexão entre os ilícitos previstos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006 - imputados a todos os acusados - e os dispostos nos artigos 304 e 307 do Código Penal e 12 e 16 da Lei 10.826/2003 - atribuídos apenas aos corréus -, a observância do procedimento comum ordinário é medida que se impõe, já que o mencionado rito proporciona maiores condições de defesa ao recorrente. *Precedentes.*

[...]

4. *Recurso improvido.*" (RHC 55.780/PA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 20/05/2015, grifei).

**"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE DE ARMA. RITOS DIVERSOS. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. IRREGULARIDADE NA INTIMAÇÃO DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO CONHECIMENTO.**

1. *Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.*

2. *"Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, não há nulidade na adoção do rito ordinário em ação penal que apura crimes que possuem ritos diversos, pois se trata de procedimento mais amplo no qual, em tese, estaria assegurado com maior amplitude o exercício do contraditório e da ampla defesa"* (RHC 29.062/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015).

3. *"Ação constitucional de natureza mandamental, o habeas corpus tem como escopo precípua afastar eventual ameaça ao direito de ir e vir, cuja natureza urgente exige prova pré-constituída das alegações e não comporta dilação probatória"* (RCD no RHC 54.626/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015).

4. *Habeas corpus não conhecido.*" (HC 313.716/SP, Sexta Turma, Rel.<sup>a</sup>. Min.<sup>a</sup>. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 02/02/2016, grifei)

**"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRECEDENTES.**

1. *Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, não há nulidade na adoção do rito ordinário em ação penal que apura crimes que possuem ritos diversos, pois se trata de procedimento mais amplo no qual, em tese, estaria assegurado com maior amplitude o exercício do contraditório e da ampla defesa.*

2. *Recurso ordinário improvido.*" (RHC 29.062/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 26/10/2015).

Ressalte-se que a adoção do rito ordinário em ação penal que apura crimes que possuem ritos diversos, por se tratar de procedimento mais amplo, assegura com maior amplitude o exercício da ampla defesa e do contraditório. Não por outro motivo esta Corte, recentemente, acompanhando a jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal, modificou seu entendimento para concluir que é mais benéfica para o réu no processo penal a realização do interrogatório como último ato da instrução, nos termos do art. 400 do Código de Processo Penal, ao contrário do que prevê a Lei n. 11.343/06. A mesma **ratio decidendi** pode ser aplicada no caso concreto.

Exemplificativamente:

*"[...] TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AO RITO PREVISTO NA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PELO PRETÓRIO EXCELSO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL CONCLUÍDA DEPOIS DA MUDANÇA JURISPRUDENCIAL. MÁCULA NÃO ARGUIDA PELA DEFESA EM AUDIÊNCIA. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE COM A QUAL CONCORREU A PARTE. ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS SUPOSTOS PELO RÉU. EIVA NÃO CONFIGURADA.*

*1. Esta Corte Superior de Justiça possuía entendimento pacífico no sentido de que se a Lei 11.343/2006 determina que o interrogatório do acusado será o primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, deve ser aplicada a legislação específica, pois as regras do rito comum ordinário só têm lugar no procedimento especial quando nele houver omissões ou lacunas.*

*2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.900/AM, firmou a compreensão de que o artigo 400 da Lei Penal Adjetiva deve ser observado nos procedimentos especiais, tese que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deve ser aplicada às instruções processuais não encerradas a partir da data de publicação da ata de julgamento.*

*3. Embora tal decisão seja desprovida de caráter vinculante, é certo que se trata de posicionamento adotado pela maioria dos integrantes da Suprema Corte, órgão que detém a atribuição de guardar a Constituição Federal e, portanto, dizer em última instância quais situações são conformes ou não com as disposições colocadas na Carta Magna, razão pela qual passou a ser seguido por este Sodalício.*

*[...]*

*8. Habeas corpus não conhecido." (HC 446.532/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 23/05/2018).*

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 11.343/06). RITO PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO DO RITO COMUM ORDINÁRIO. INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.*

**ACÓRDÃO DO PLENÁRIO DO STF (HC-127.900). INCIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. EXCESSO DE PRAZO RECONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. É certo que este Tribunal Superior vinha proferindo entendimento no sentido de que o procedimento previsto no artigo 57 e parágrafos da Lei n. 11.343/2006 prevalecia sobre a regra insculpida no artigo 400 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da especialidade.

3. No entanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame do HC n. 127.900/AM, julgado em 3/3/2016, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, assentou que "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".

4. Desse modo, 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).

[...]" (HC 439.831/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 07/05/2018).

**"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 400 DO CP. LEI MAIS BENÉFICA. MODULAÇÃO DE SEUS EFEITOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE INEXISTENTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.**

1. Em razão do princípio da especialidade, adotou-se o entendimento da prevalência do rito da Lei de Drogas, que prevê o interrogatório do acusado como primeiro ato da instrução processual (art. 57 da Lei 11.343/06), sobre o procedimento comum ordinário, vedada a combinação de leis processuais, nos termos do art. 394, § 2º do CPP. Precedentes.

2. A partir da nova orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 127.900/AM, o interrogatório



*previsto no art. 400 do CPP, com redação da Lei 11.719/2008, aplica-se a todos procedimentos regidos por legislação especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado.*

*3. A despeito da modulação dos efeitos da decisão do STF, no julgamento do HC 127.900/AM, não há nulidade na adoção do procedimento insculpido no art. 400 do CPP pela instância ordinária, priorizando o princípio da ampla defesa, seja pela ausência de prejuízo, pois aplicável norma mais benéfica ao réu, seja porque observado o procedimento pertinente. Precedentes.*

*4. Agravo regimental improvido." (AgInt no REsp 1480236/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 21/05/2018)*

De mais a mais, no caso dos autos, não restou comprovado prejuízo para o paciente pela aplicação do procedimento comum ordinário. Vale dizer, após o recebimento da denúncia o paciente apresentou defesa, através de advogado constituído, cujas teses defensivas não foram acolhidas, posto que, segundo as informações prestadas pelo d. Magistrado de 1º Grau (fl. 458-467), ato contínuo, a audiência de instrução e julgamento fora designada para o dia 23/10/2019.

Ademais, como já dito anteriormente, consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a nulidade que acarreta prejuízos à defesa tem o condão de macular a prestação jurisdicional, cuja arguição deve ser acompanhada da demonstração de sua efetiva ocorrência, tratando-se, pois, de nulidade relativa.

Tal entendimento, a propósito, pode ser extraído do enunciado 523 da Súmula 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".*

No mesmo sentido posiciona-se a doutrina, podendo ser citada, por todos, a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

*"Nessa linha - nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova do prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver essa consequência - é que deve ser resolvida a questão das nulidades por vício ou inexistência dos atos processuais inerentes à defesa técnica e à autodefesa.*

*[...]*

*Nesses casos, afetado que fica o direito de defesa como um todo, o vício acarreta a nulidade absoluta (art. 564, III, a, c, e, g, l, o, do CPP).*

***Em outros casos, porém, nos termos da Súmula 523 do STF, depende a nulidade da comprovação do prejuízo: assim ocorre com a falta ou inépcia das razões de recurso, a falta de prova do alibi referido pelo acusado, a ausência do curador (ver O processo constitucional em marcha, Acórdãos 59 e 68: TACrimSP, Ap. 264.491, Ap. 266.023, Ap. 318.713, Ap. 299.561, Ap. 315.087, Ap. 348.153-1, Ap. 342.389, Ap. 347.993-6, Ap. 271834 e Ap. 83.404).***

*[...]*

*É que, nesses casos, o vício ou inexistência de ato defensivo pode não levar, como consequência necessária, à vulneração do direito de defesa, em sua inteireza, dependendo a declaração de nulidade da demonstração do prejuízo à atividade defensiva como um todo." (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74/75).*

Nesse sentido, os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:

***"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. ALEGAÇÃO DE VÍCIOS NA QUESITAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DEFESA DEFICIENTE. SÚMULA 523 DO STF. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NULIDADE INEXISTENTE. AGRAVO PROVIDO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.***

*[...]*

*2. Não se sustenta a alegação genérica de violação do princípio da ampla defesa, pois, a teor da Súmula 523 do STF: "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".*

*3. No caso concreto, o recorrente foi devidamente assistido por advogado constituído durante todo o feito, tendo sido os atos processuais inerentes ao devido processo legal praticados adequadamente, dentro dos prazos legais, inexistindo qualquer constrangimento ilegal daí advindo, tampouco demonstração de prejuízo.*

*4. "A alegação de que não foi quesitada a relação de*

*causalidade não procede, pois, consoante a quesitação apresentada, consta que a vítima morreu decorrente dos disparos (materialidade) efetuados pelo paciente (autoria), de modo que automaticamente o elo entre a conduta e o resultado foi também positivado, inexistindo a irregularidade sustentada."* (trecho do acórdão atacado).

5. Agravo regimental provido. Recurso ordinário desprovido" (AgRg no RHC 53.215/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 10/2/2017, grifei).

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO. DEFESA DEFICIENTE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. SÚMULA 523/STF. JULGAMENTO DE APELO MINISTERIAL. PRÉVIA INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PECULIARIDADES DO CASO. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA PENAL. PREMEDITAÇÃO. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DAS PROVAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA X AGRAVANTE DO CRIME PRATICADO CONTRA CRIANÇA. PREPONDERÂNCIA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO QUANTO À DOSIMETRIA.**

[...]

2. "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (enunciado n. 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal). De fato, cabe à defesa demonstrar que eventual atuação diversa do advogado, poderia, de forma concreta, ter acarretado a absolvição do paciente, ainda que pela geração de dúvida no julgador, o que não ficou demonstrado no caso dos autos. **Dessarte, não há se falar em nulidade ante a ausência de demonstração de prejuízo. Precedentes.**

3. É pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a ausência de intimação pessoal do Defensor Público ou do defensor dativo sobre os atos do processo, a teor do disposto no art. 370 do CPP e do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, é causa de nulidade.

4. "A nulidade, pela própria ausência de intimação da data de julgamento do recurso não pode ser arguida a qualquer tempo, sujeitando-se à preclusão temporal, nos termos dos artigos 564, IV, 571, VIII, e 572, I, do Código de

*Processo Penal" (HC n. 260.654/PA, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, Dje 29/5/2013).*

*5. In casu, inviável o reconhecimento da nulidade, visto que alegada mais de 5 (cinco) anos após o trânsito em julgado da condenação, embora tenha sido o advogado dativo intimado pessoalmente quanto ao resultado do julgamento do recurso de apelação, e tenha, naquele momento, optado por não arguir a suposta nulidade em eventual recurso especial.*

*[...]*

*9. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo a preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante do artigo 61, II, "h", do Código Penal, redimensionar a pena do paciente para 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão" (HC 299.760/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 29/8/2016, grifei).*

**"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. APRESENTAÇÃO. DEFESA TÉCNICA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA. ATUAÇÃO DO CAUSÍDICO. INEXISTÊNCIA DE DESDOURO. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. ESCORREITO TRÂMITE PROCESSUAL. INCIDÊNCIA. DESNECESSIDADE DA REFEITURA DE FASES PROCESSUAIS JÁ SUPERADAS. NOVEL PATRONO. INGRESSO NO FEITO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA. PREJUÍZO CONCRETO. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. RECURSO DESPROVIDO.**

*1. Nomeado defensor dativo para ofertar a defesa preliminar, a peça processual foi apresentada, findando o defensor por postergar a apresentação de testemunhas, sem prejuízo do arrolamento e apresentação de outros testigos em momento processual futuro, após contato com o réu.*

*2. A novel defesa ingressa no feito no estado em que se encontra, não se justificando a refeitura de fases processuais já superadas, especialmente em virtude do atual causídico pugnar, em primeira instância, pela oitiva de testemunhas sem que se decline, para tanto, suas qualificações ou mesmo que se impugne genericamente perícia já realizada.*

*3. No caso em apreço, a instrução criminal efetivou-se com a atuação de defensor dativo, cujo mister foi devidamente exercido, não se vislumbrando qualquer desdouro com tal proceder, tendo o patrono apresentado a defesa*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*preliminar, postergando, com prudência, a explanação das teses defensivas.*

*4. Verifica-se, portanto, o escorreito trâmite processual, com o exercício da defesa do réu, norteados pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, refutando-se a alegação de nulidade absoluta, vez que não há falar em falta de defesa na espécie - Súmula n.º 523 do Supremo Tribunal Federal.*

*5. Não se logrando êxito na comprovação do alegado prejuízo, tendo somente sido suscitada genericamente a matéria, mostra-se inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief. 6. Recurso a que se nega provimento" (RHC 81.026/PR, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 15/5/2017, grifei).*

Diante de todo o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

P. e I.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo  
(Desembargador Convocado do TJ/PE)

Relator