



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 23.696/CS

HABEAS CORPUS Nº 130.328 – SANTA CATARINA

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PACIENTE: JHENIPHER PATRICIO DA SILVA
IMPETRADO: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA VIA ELEITA COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DA RÉ NA AUDIÊNCIA DE INQUIRição DE TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ATO PROCESSUAL PRATICADO COM A PRESENÇA E CONCORDÂNCIA DA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT* E, NO MÉRITO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Jhenipher Patrício da Silva** contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que desproveu o Agravo Regimental no HC nº 319.635/SC, nos termos da seguinte ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL CONTRA NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE *HABEAS CORPUS*. NÃO COMPARECIMENTO DA RÉ PRESA À AUDIÊNCIA DE INQUIRição DE TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a presença do réu na audiência de instrução, conquanto conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*, disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal (HC n. 103.963/SC, Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 3/2/2012).

2. No caso, o Tribunal local entendeu que não ficou comprovado o prejuízo,

não cabendo ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar as circunstâncias do caso concreto nem o conjunto de provas para chegar a conclusão diversa.

3. Inexistindo manifesta ilegalidade a ser reparada, não há justificativa para o seguimento de habeas corpus substitutivo de recurso especial, porquanto evidentemente incabível.

4. Agravo regimental improvido”.

2. A defesa reitera, no presente *writ*, a alegação de nulidade processual por ausência da paciente na audiência de oitiva das testemunhas de acusação, o que teria ocasionado prejuízo a sua defesa, principalmente pela impossibilidade de que reperguntas fossem realizadas pelo Defensor.

3. Sustenta “*ser direito fundamental do réu preso a apresentação pelo poder público a todas as audiências de seu processo penal sob pena de violação ao contraditório e a ampla defesa, garantias constitucionais previstas no art. 5º, LV, da CF/88, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos/ONU (Artigo 14, N. 3, "D") e Convenção Americana De Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, "D" E "F")*”. Assevera, por fim, que, por se tratar de nulidade absoluta, o prejuízo é presumido, sendo dispensável sua demonstração.

4. Consta dos autos que a paciente foi condenada, em sede de apelação, a pena de 11 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 c.c. 40, VI, da Lei nº 11.343/06. De acordo com informação extraída do *site* do Superior Tribunal de Justiça (AREsp n. 752.614), a condenação transitou em julgado 14/9/2015.

5. Assim sendo, preliminarmente, impõe-se a extinção do feito sem julgamento do mérito, pois, de acordo com o entendimento dessa Corte

Suprema, “o habeas corpus não pode ser manejado como sucedâneo de revisão criminal à ausência de ilegalidade flagrante em condenação com trânsito em julgado” (HC nº 96.804/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/10/2010), e, no caso, não há como falar em constrangimento ilegal manifesto.

6. No mérito, ao contrário do que sustenta a impetrante, não é possível vislumbrar qualquer prejuízo à defesa da paciente em razão do seu não comparecimento à audiência realizada para a oitiva das testemunhas, uma vez que o ato foi realizado com a concordância e presença de seu defensor, merecendo transcrição, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, quando do julgamento da Apelação n. 2014.016167-9:

“(...) *In casu*, o próprio defensor admite que quando da audiência que visou o interrogatório da acusada, teve a oportunidade de comunicar-se com ela e prepara-la. Entretanto, aduz que o prejuízo está caracterizado na ausência de perguntas às testemunhas da acusação.

A acusada não compareceu aquele ato em virtude de sua remoção ao Presídio de Lages pelo prazo de 30 (trinta) dias, uma vez que instaurado incidente disciplinar de apuração de falta grave (fl. 98).

Ocorre que tal situação não é suficiente para comprovar que a acusada sofreu prejuízo, quando se fez acompanhar de seu defensor público à audiência de instrução e julgamento (fl. 95), o qual pôde efetuar as perguntas necessárias para melhor encaminhamento de sua defesa.

Asseverou a defesa que uma das perguntas que poderia ter feito ao Delegado de Polícia era 'se tinha alguma desavença com a acusada', pois ela, em seu interrogatório mencionou ter sido difamada por ele no dia da prisão.

Ora, nenhum prejuízo há na ausência desta pergunta. Caso realmente tenha ocorrido tal difamação, fácil é sua comprovação através de prova documental, como queixa-crime, ou se pretendia a defesa comprovar tal fato, poderia ter solicitado produção de provas na fase de diligências, após o término da instrução e demonstrada a pertinência de tal prova.

Portanto, veja-se que inexistiu prejuízo à acusada”.

7. Diante do quadro processual apresentado, o entendimento adotado pelas instâncias anteriores não destoa da jurisprudência desse Pretório Excelso, no sentido de que “a ausência do acusado na audiência de

instrução não constitui vício insanável apto a ensejar a nulidade absoluta do processo, posto tratar-se de nulidade relativa, exigindo-se, para o seu reconhecimento, a demonstração de prejuízo à defesa” (HC 114095, Rel. Min. Luiz fux, Primeira Turma, julgado em 02/04/2013, DJe-080 public 30/04/2013).

8. Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela denegação da ordem.

Brasília, 7 de outubro de 2015

CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES
Subprocuradora-Geral da República