

## HABEAS CORPUS 83.409 – SP

Relator: O Sr. Ministro Nelson Jobim

Paciente e Impetrante: Antonio Carlos de Oliveira Oias

Coator: Superior Tribunal de Justiça

**Habeas corpus. Art. 12 da Lei 6.368/76. Falta de alegações preliminares. Nomeação ad hoc na audiência de instrução. Dependência toxicológica.**

O Tribunal assentou o entendimento de que as alegações prévias não constituem peça essencial na instrução penal.

Não é obrigatória a presença do réu na audiência de instrução, o que pode apenas configurar nulidade relativa que depende de arguição em tempo oportuno com a demonstração do dano efetivamente sofrido (arts. 500 e 571, inciso II, do CPP).

Não é exigida do juiz a indagação acerca de eventual dependência toxicológica do réu se a defesa, em nenhum momento da instrução, levantou essa questão ou se não há qualquer indício nas provas coletadas de que, de fato, exista essa dependência.

Precedentes.

Ordem denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de março de 2004 – Celso de Mello, Presidente, Nelson Jobim, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nelson Jobim:

#### 1. Os Fatos.

Antonio Carlos de Oliveira Oias foi condenado a 12 anos de reclusão como incurso nas penas do art. 12 da Lei 6.368/76, e do art. 10, §§ 2º e 4º, da Lei 9.437/97 a serem cumpridos em regime fechado.

Apresentou apelação em que levantou uma série de nulidades que culminaram com o seu cerceamento de defesa, tendo em vista que teria estado

indefeso na audiência de instrução.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação (fls. 83/88).

Contra essa decisão, impetrou *habeas corpus* no STJ. Eis a ementa:

***“Habeas Corpus. Apelação. Tráfico Ilícito de Entorpecentes e porte ilegal de arma. Falta de defesa prévia. Ausência do réu preso à audiência. Ausência de indagação sobre dependência toxicológica. Exasperação da pena-base. Nulidades que não se reconhecem.***

1. Não há falar em nulidade por cerceamento de defesa, quando o réu, condenado por porte ilegal de arma e tráfico de 140 kg de cocaína, restou suficientemente assistido, quer por advogado constituído, quer por defensor nomeado.

2. A jurisprudência desta Corte Federal Superior é firme em que, precisamente por consistirem em nulidades relativas, que indubitavelmente reclamam arguição oportuna e comprovação do prejuízo, não caracteriza constrangimento ilegal isolado referência à ausência de defesa prévia e não condução do réu custodiado à audiência de inquirição de testemunha referida.

3. Em se tratando de tráfico ilícito de entorpecentes, desnecessária se faz, para efeito de caracterização do delito, a indagação acerca da dependência toxicológica do agente, não advindo, pois, nulidade qualquer da sua não realização, mormente quando indemonstrado eventual prejuízo.

4. Em crimes de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade de droga está proporcionalmente ligada à intensidade delituosa do agente, bem como à nocividade de sua conduta, circunstâncias essas de consideração obrigatória quando da primeira fase da dosimetria da pena (Precedentes do STF e do STJ).

5. Ordem denegada.”

## 2. O Habeas.

O impetrante sustenta que ficou indefeso e sofreu constrangimento ilegal em virtude dos seguintes fatos:

### a) seu advogado não teria oferecido defesa prévia:

“(…)”

5) Citado o paciente, se viu apresentado mediante escolta tendo sido interrogado a fls. 116/v, onde além de negar veemente as imputações que lhe eram feitas, declarou ter defensor constituído na pessoa do Advogado Gilberto Vieira (...)

(...)

6) Todavia, referido defensor não ofertou as referidas alegações preliminares, oportunidade única em que o paciente poderia arrolar suas testemunhas, requerer diligências, enfim praticar os atos necessários à sua defesa (...)

(...)” (fl. 4)

**b) para a audiência de instrução, na qual não esteve presente, o juiz nomeou uma defensora ad hoc que não conhecia os detalhes do caso, o que teria prejudicado a sua defesa:**

“(...

Em data de 31.08.1998, mesmo sem que tivesse o defensor do paciente ofertado defesa prévia e sem que o Magistrado tivesse-o notificado para constituir novo defensor para tal, ficando, portanto sem possibilidade de promover sua defesa, Sua Excelência instalou audiência de instrução, debates e julgamento, e, mesmo estando ausente defensor constituído no interrogatório pelo paciente, ausente também o paciente que, embora requisitado, não se viu apresentado, único meio pelo qual poderia comparecer, eis que preso estava, como ainda está, a realizou, nomeando então, para o ato, defensora em exercício na Comarca e que fatalmente nenhum contato tivera antes com tão intrincado feito, e que sem maiores elementos nenhuma condição tinha de promover uma defesa das constitucionalmente previstas.

(...)” (fl. 5)

**c) que o juiz, no interrogatório, não indagou ao impetrante de eventual dependência toxicológica:**

“(...

9) Além das enumeradas nulidades, determina a Lei nº 6368/76 quanto ao procedimento processual, que, no interrogatório do acusado, o Magistrado deverá indagar-lhe sobre eventual dependência, alertando-o sobre as



conseqüências de suas declarações.

(...)

No caso, isso não ocorreu e, sua falta, assim como as demais, gera cerceamento de defesa ao paciente, nulidade que, por absoluta, contamina também todo o feito a partir de sua ocorrência.

(...)” (fl. 7)

Indeferi a liminar em 8-8-2003 (fl. 24).

As informações foram prestadas (fls. 29/42).

PGR requereu encaminhamento da Apelação Criminal nº 283.502-00, julgada pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fl. 44).

De posse do acórdão proferido pelo TJ/SP, a PGR opina pela denegação da ordem de *habeas corpus* (fls. 91/96).

#### VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator): As alegações de nulidade do processo e de caracterização do cerceamento de defesa se fundam em três argumentos.

Em relação ao argumento de que seu defensor constituído não apresentou defesa prévia, é pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de entender que tal peça não é essencial na instrução penal.

Leio no HC 74.794 (**Celso de Mello**, DJ de 8-5-1998):

“(…)

– A apresentação de defesa prévia não constitui atividade processual vinculada do defensor. A ausência dessa peça processual – que traduz faculdade decorrente do postulado constitucional da plenitude de defesa – não configura, por si só, causa de invalidação do processo penal condenatório. Precedentes.

(…)”

Outros precedentes: HC 80.958, **Moreira Alves**, DJ de 12-4-2002; RHC 58.433, **Moreira Alves**, DJ de 6-2-1981; RHC 59.429, **Cunha Peixoto**, DJ de 18-12-1981; HC 68.923, **Célio Borja**, DJ de 24-4-1992; HC 69.034, **Celso de Mello**, DJ de 19-6-1992; e HC 76.226, **Sydney Sanches**, DJ de 3-4-1998.

No mesmo sentido, o STF também já assentou o entendimento de que

não é obrigatória a presença do réu na audiência de instrução.

Constituiu-se, não em nulidade absoluta, mas mera nulidade relativa a depender de sua arguição em tempo oportuno (arts. 500 e 571, inciso II, do CPP) com a demonstração do dano efetivamente sofrido.

A jurisprudência se reforça quando a mencionada audiência conta com a participação de seu advogado constituído ou, na sua falta, de defensor nomeado pelo juízo. Confiro no HC 71.655 (Maurício Corrêa, DJ de 26-5-1995):

*“Habeas Corpus. Estelionato. Audiência de instrução: ausência do réu preso. Fixação da pena. Nulidades inexistentes.*

1. A realização de audiência do contraditório, sem a presença do réu que se encontrava preso, à disposição da Justiça, não caracteriza nulidade absoluta e sim anulabilidade relativa, argüível na oportunidade prevista no art. 500 do CPP e demonstrado que o vício processual influenciou na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Não suscitada como dispõe o art. 571, II, do CPP, considera-se sanada a nulidade, tendo em vista a regra do art. 572, I, do mesmo Código.

(...)”

Outros precedentes: HC 74.931, Ilmar Galvão, DJ de 9-5-1997; RE 142.632, Paulo Brossard, DJ de 22-10-1993; HC 74.728, Octavio Gallotti, DJ de 27-6-1997; HC 69.495, Sepúlveda Pertence, DJ de 1º-7-1993; HC 68.964, Celso de Mello, DJ de 22-4-1994.

No caso presente, bem destacou a Procuradoria-Geral de Justiça a estratégia adotada pela defesa em fundamentação adotada pelo TJ/SP:

“(…)”

Quanto à arguição de que o apelante não foi apresentado na audiência, observamos que seu advogado constituído, que participou do interrogatório feito no setor de cartas precatórias da Capital não ofereceu defesa prévia (fls. 130) e, devidamente intimado (fls. 131), não compareceu à audiência de instrução. Sabia por certo da não apresentação do apelante, policial civil, imaginou que a audiência seria adiada, o que ensejaria o pedido de relaxamento do flagrante. Acontece que o douto Magistrado designou defensora *ad hoc*, que trabalhou com eficiência. Deixou claro, no termo da audiência que: ‘posteriormente, caso haja interesse da defesa constituída, as testemunhas poderão ser reinquiridas’ (fls. 133). No



final da audiência, a digna defensora *ad hoc* requereu que as alegações finais fossem apresentadas pelo defensor constituído, o que foi deferido, fixando-se o prazo de 03 dias 'para tanto'. Devidamente intimado (fls. 141), o defensor constituído deixou decorrer *in albis* o prazo (fls. 149), tendo a defensora 'ad hoc' feito as alegações finais, onde nenhuma nulidade foi argüida.

(...)” (fl. 84)

O Ministro Hamilton Carvalhido também expõe em seu voto vencedor no STJ as cautelas tomadas pelo juízo na instrução penal:

“(...

É o caso do policial que foi preso com 140 quilos de cocaína na mala do veículo. Examinei o feito em toda a sua extensão, inclusive, a prova. Ele foi interrogado. Nesse ato, o advogado por ele indicado assinou o interrogatório. Intimou-se do prazo da prévia e da proposta de produção de prova testemunhal. O juiz saneou o processo, com nova intimação regular. Publicação na imprensa. Na audiência de instrução e julgamento, o advogado não se fez presente. O juiz, por cautela, não realizou a audiência e mandou intimar pessoalmente o réu na prisão, para que constituísse advogado. Prazo de 15 dias. Não houve constituição de advogado. O juiz, então, nomeou advogado para a defesa. Depois da condenação, em data bem posterior, constituiu o réu um advogado, que interpôs a apelação.

(...)” (fl. 36)

Assim, mesmo com o comportamento evasivo da defesa, o juízo se cercou de todos os cuidados abrindo prazo para constituição de advogado, nomeando defensor e determinando nova intimação para apresentação de defesa prévia.

Não houve nulidade em virtude da não-presença do réu na audiência.

Por fim, alega nulidade decorrente de o juiz não ter indagado ao réu acerca de eventual dependência toxicológica quando do interrogatório.

O Tribunal tem jurisprudência que assenta não ser motivo de nulidade absoluta a não-realização do exame de dependência toxicológica.

Com mais razão quando essa eventual dependência não é suscitada pela defesa em nenhum momento da instrução ou ainda quando não haja qualquer indício advindo dos elementos probatórios de que ela de fato exista.

Há também precedentes: HC 73.987, Maurício Corrêa, DJ de 6-6-1997; HC 73.075, Maurício Corrêa, 3-5-1996; HC 73.407, Maurício Corrêa, DJ de 19-4-

1996.

Mesmo que se comprovasse a dependência, o STF já decidiu que isso não afasta a configuração do crime do art. 12 da Lei 6.368/76 (HC 73.841, Néri da Silveira, DJ de 6-10-2000).

Diante de todo o exposto, voto para denegar a ordem.

#### EXTRATO DA ATA

HC 83.409/SP — Relator: Ministro Nelson Jobim. Paciente e Impetrante: Antonio Carlos de Oliveira Oias. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação unânime, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Velloso.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Velloso. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Brasília, 2 de março de 2004 — Antonio Neto Brasil, Coordenador.

#### HABEAS CORPUS 84.431 — SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto

Paciente: Igor Rogério Luchesi

Impetrante: Ana Carolina Garcia Bliza de Oliveira

Coator: Superior Tribunal de Justiça

*Habeas corpus. Denegação do pedido de instauração de incidente de dependência toxicológica do paciente, denunciado por tráfico de entorpecentes. Alegação no sentido da obrigatoriedade do exame quando o réu afirma sua condição de dependente químico da droga.*

Cabe ao magistrado da instrução o juízo acerca da instauração ou não do incidente de dependência toxicológica. Precedentes. Tal juízo deve ser feito caso a caso e, principalmente, na hipótese de denegação do pedido, o juiz estará obrigado a declinar os motivos da recusa; que, a seu turno, deve ter lastro em dados concretos do caso analisado.

Constrangimento ilegal inexistente, havendo o douto magistrado observado tais parâmetros, declinando motivadamente as razões do indeferimento, após a detida apreciação do caso que o levou, inclusive, a asseverar o caráter protelatório da pretensão.

*Habeas Corpus* indeferido.