



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.652 - MG (2017/0198753-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : RODRIGO DE PAIVA RIBEIRO
ADVOGADO : RODRIGO DE PAIVA RIBEIRO - MG086170
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EMERSON AURELIO DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO QUALIFICADA. NULIDADES. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. INTERROGATÓRIO ANTES DA INSTRUÇÃO E SEM A PRESENÇA DE DEFESA TÉCNICA. DIREITO DE PRESENÇA EM AUDIÊNCIA PARA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE DEFESA. NÃO CONFIGURADA ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO NÃO VERIFICADO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - 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, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

II - Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa constitui nulidade absoluta da ação penal. Eventual alegação de insuficiência de defesa, para que seja apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo, tratando-se, pois, de nulidade relativa, nos termos 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"*.

III - Sendo a denúncia recebida quando ainda não estava em vigor a Lei n. 11.719/08, foi adequadamente determinada a realização dos atos processuais nos termos do regramento então vigente - citação para interrogatório, como ato inicial. Não se verifica nulidade uma vez que, em se tratando de norma de natureza procedimental, deve ser observado o princípio **tempus regit actum** de modo que a alteração será aplicada a partir de sua entrada em vigor da nova lei, aproveitando-se todos os atos pretéritos.

IV - Para garantir a ampla defesa, no entanto, o d. Juízo de 1º Grau chamou o feito à ordem e determinou nova citação, para oferecimento de resposta escrita, porém a Defesa quedou-se inerte. Não se mostra lícito, portanto, após decorridos mais de nove anos desde o ato, alegar vício para o qual concorreu, sob pena de se violar o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

V - Constando do termo de interrogatório a presença de Defensor nomeado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o ato, a alegação em sentido contrário deve vir acompanhada de prova cabal, para o que não se presta declaração unilateral de advogado, subscrita mais de sete anos após o fato, sem observância ao contraditório, insuficiente, pois, para afastar a presunção de veracidade que possui a ata de audiência, lavrada por "*escrevente judicial*" e subscrita por Juiz de Direito.

VI - O direito de presença, embora seja garantido ao acusado em processo penal, não é indisponível e irrenunciável. Portanto, o não comparecimento do réu em audiência, não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a comprovação do prejuízo e sua arguição no momento oportuno, o que não ocorreu no caso dos autos.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 22 de março de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.652 - MG (2017/0198753-9)

IMPETRANTE : RODRIGO DE PAIVA RIBEIRO
ADVOGADO : RODRIGO DE PAIVA RIBEIRO - MG086170
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EMERSON AURELIO DE SOUZA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, impetrado em benefício de EMERSON AURELIO DE SOUZA, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do delito de receptação de dois veículos, um Fiat Fiorino e um VW Parati. A sentença o condenou por apenas um delito (receptação culposa do veículo Fiat Fiorino), à pena de 2 (dois) meses de detenção, no regime inicial semiaberto (fls. 614-622).

No julgamento de recursos de apelação interpostos pela Defesa e pelo Ministério Público, o eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais condenou o paciente nos termos da denúncia, ou seja, por dois crimes de receptação dolosa, à pena de 8 (oito) anos de reclusão, no regime inicial fechado (fls. 763-776).

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante a eg. Corte de origem, que denegou a ordem, nos termos do v. acórdão de fls. 1157-1164, assim resumido por sua ementa:

"HABEAS CORPUS - CRIMES DE RECEPÇÃO - NULIDADES PROCESSUAIS - QUESTÃO JÁ REBATIDA QUANDO DO JULGAMENTO DE APELAÇÃO CRIMINAL - ALEGAÇÕES DE NULIDADES RELATIVAS - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.

-Verificado que este e. Tribunal, quando do julgamento de recurso de apelação interposto, deixou claro que não verificava qualquer nulidade procedimental, fosse ela suscitada pelas partes ou verificada de ofício, confirmando, assim, os atos praticados em primeira instância, seria inviável nova análise da questão pelo mesmo órgão julgador.

-No sistema processual penal, vigora o princípio 'pas de nulité sans grife', segundo o qual o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal) e alegação em momento oportuno.

Daí o presente **habeas corpus**, no qual o impetrante insiste na tese de nulidade, por cerceamento de defesa, configurada por i) ausência de nomeação de Defensor para apresentação de resposta escrita; ii) ausência de Defesa técnica no interrogatório do paciente; iii) inversão da ordem do interrogatório; iv) ausência de intimação do paciente para audiência e v) ausência de defesa técnica.

Argumenta que deveria ter sido observado o novo procedimento, estabelecido pela Lei n. 11.719/08, porém o paciente foi citado para ser interrogado, não sendo oportunizada a apresentação de defesa escrita prévia.

Ressalta que no interrogatório do paciente, realizado antes da instrução, embora conste a presença de advogado, este não estava no local, tanto assim que não assinou a ata e, além disso, apresentou declaração afirmando que não acompanhou o paciente na assentada.

Aduz que a não observação do direito de presença do paciente em audiência para oitiva de testemunha, notadamente quanto estava cumprindo pena em regime fechado, também vulnera a ampla defesa.

Afirma que está configurada ausência de Defesa no curso da ação penal. Anota que, ainda quando assistido pela Defensoria Pública, a defesa foi genérica e insuficiente.

Requer a declaração de nulidade da ação penal, desde a citação ou a partir da audiência de instrução e julgamento.

Não foi formulado pedido liminar.

Informações às fls. 1184-1201.

O Ministério Público Federal oficiou pelo não conhecimento do **writ** e, no mérito, pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DO USO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDAMUS. RÉU CONDENADO À PENA DE 08 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, PELA PRÁTICA DO CRIME DE RECEPÇÃO QUALIFICADA, POR DUAS VEZES (ART. 180, § 1º, DO CP).

ALEGAÇÃO DE DIVERSAS NULIDADES. TESES REFUTADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DECIDIR DE MODO DIVERSO DEMANDARIA O APROFUNDADO REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA.

NULIDADE DE ATO PROCESSUAL PRINCÍPIO PAS DE NULLITE SANS GRIEF. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP.

PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT OU, SE CONHECIDO FOR, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.652 - MG (2017/0198753-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : RODRIGO DE PAIVA RIBEIRO
ADVOGADO : RODRIGO DE PAIVA RIBEIRO - MG086170
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EMERSON AURELIO DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO QUALIFICADA. NULIDADES. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. INTERROGATÓRIO ANTES DA INSTRUÇÃO E SEM A PRESENÇA DE DEFESA TÉCNICA. DIREITO DE PRESENÇA EM AUDIÊNCIA PARA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE DEFESA. NÃO CONFIGURADA ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO NÃO VERIFICADO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. PAS DE NULLITÈ SANS GRIEF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - 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, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

II - Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa constitui nulidade absoluta da ação penal. Eventual alegação de insuficiência de defesa, para que seja apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo, tratando-se, pois, de nulidade relativa, nos termos 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"*.

III - Sendo a denúncia recebida quando ainda não estava em vigor a Lei n. 11.719/08, foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adequadamente determinada a realização dos atos processuais nos termos do regramento então vigente - citação para interrogatório, como ato inicial. Não se verifica nulidade uma vez que, em se tratando de norma de natureza procedimental, deve ser observado o princípio **tempus regit actum** de modo que a alteração será aplicada a partir de sua entrada em vigor da nova lei, aproveitando-se todos os atos pretéritos.

IV - Para garantir a ampla defesa, no entanto, o d. Juízo de 1º Grau chamou o feito à ordem e determinou nova citação, para oferecimento de resposta escrita, porém a Defesa ficou-se inerte. Não se mostra lícito, portanto, após decorridos mais de nove anos desde o ato, alegar vício para o qual concorreu, sob pena de se violar o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

V - Constando do termo de interrogatório a presença de Defensor nomeado para o ato, a alegação em sentido contrário deve vir acompanhada de prova cabal, para o que não se presta declaração unilateral de advogado, subscrita mais de sete anos após o fato, sem observância ao contraditório, insuficiente, pois, para afastar a presunção de veracidade que possui a ata de audiência, lavrada por "*escrevente judicial*" e subscrita por Juiz de Direito.

VI - O direito de presença, embora seja garantido ao acusado em processo penal, não é indisponível e irrenunciável. Portanto, o não comparecimento do réu em audiência, não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a comprovação do prejuízo e sua arguição no momento oportuno, o que não ocorreu no caso dos autos.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 que concerne às alegações de nulidade, consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa constitui nulidade absoluta da ação penal, sendo certo que eventual alegação de sua insuficiência, para que seja apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo, tratando-se, pois, de nulidade relativa.

Tal entendimento, a propósito, encontra-se firmado no 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de recurso, a falta de prova do álibi 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

4. Verifica-se, portanto, o escorreito trâmite processual, com o exercício da defesa do réu, norteado 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**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 15/5/2017, grifei).

No caso, verifica-se que a denúncia foi recebida em 18/6/2008 (fl. 335), quando ainda não estava em vigor a Lei n. 11.719/08. Desse modo, foi determinada a realização dos atos processuais nos termos do regramento anterior, vale dizer, foi determinada a citação para interrogatório, consoante previsto ao tempo da decisão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se verifica qualquer nulidade, outrossim, porquanto, como sabido, em se tratando de norma de natureza procedimental, deve ser observado o princípio **tempus regit actum** o qual determina que somente será aplicada a nova lei a partir de sua entrada em vigor, aproveitando-se todos os atos pretéritos.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FRAUDES EM LICITAÇÕES PÚBLICAS. CONDENAÇÕES CONFIRMADAS PELO TRIBUNAL REGIONAL. PLEITO DE NULIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. APROVEITAMENTO DE ATOS PRATICADOS EM JUÍZO INCOMPETENTE. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 567 DO CPP. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

2. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*). Precedentes.

3. "A remessa dos autos para a Justiça Federal não implica a declaração de nulidade de todos os atos judiciais praticados, conforme pretende o impetrante, mas tão-somente dos atos decisórios proferidos pelo juízo incompetente, nos termos do art. 567 do CPP" (HC 39.713/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJ 22/08/2005).

4. ***Em decorrência do princípio tempus regit actum, a lei nova aplica-se imediatamente na instrução criminal em curso, evidentemente, respeitando-se a eficácia jurídica dos atos processuais já constituídos.***

5. ***Apesar de as leis processuais aplicarem-se de imediato, desde a sua vigência, devem ser respeitados os atos realizados sob o império da legislação anterior, sendo, portanto, plenamente válidos os atos processuais anteriormente praticados e devidamente ratificados pelo Juízo Federal.***

6. Esta Corte, examinado o RHC 37.105/PE do correú, já se manifestou quanto a não ocorrência de vícios no curso do processo.

7. Habeas corpus não conhecido." (HC 320.638/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 31/10/2017, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 1025 DO NOVO CPC E AFASTAMENTO DA SÚMULA 211/STJ. IMPOSSIBILIDADE. DISPOSITIVO NÃO VIGENTE AO TEMPO DA OPOSIÇÃO DOS ACLARATÓRIOS PERANTE A CORTE A QUO. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CPP E ALEGAÇÃO DE CONSIDERAÇÃO NA DOSIMETRIA DA PENA DA DEFICIÊNCIA MENTAL DA VÍTIMA, SEM LAUDO QUE ATESTE ESTA CONDIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. OFENSA AOS ARTS. 155, 158 E 386, VII, TODOS DO CPP. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência deste Sodalício, "as normas de direito processual têm aplicação imediata e não possuem efeito retroativo. Incidência do princípio tempus regit actum (HC 203360/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, DJe 09/04/2013).

2. É condição sine qua non ao conhecimento do especial que tenham sido ventiladas, no contexto do acórdão objurgado, as teses jurídicas indicadas na formulação recursal, emitindo-se, sobre elas, juízo de valor, interpretando-se -lhes o sentido e a compreensão. Súmula 211/STJ.

3. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório ou a ensejar a absolvição, porquanto é vedado na via eleita o reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 1065313/AM, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 09/06/2017, grifei).

Ainda que assim não fosse, no caso dos autos, o d. Juízo de 1º Grau chamou o feito à ordem e determinou a citação do paciente para oferecer resposta escrita (fl. 380), expedindo-se o competente mandado, que foi devidamente cumprido (fls. 443/444).

O paciente, contudo, ficou-se inerte (fl. 445), ou seja, não apresentou a resposta escrita. Ocorre que vige no sistema processual penal o princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, não sendo lícito à parte arguir vício para o qual concorreu em sua produção, sob pena de se violar o princípio de que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ninguém pode se beneficiar da própria torpeza - **nemo auditur propriam turpitudinem allegans.**

Por oportuno, trago lição da doutrina:

"Nenhuma das partes pode arguir nulidade a que haja dado causa, ou para a qual tenha concorrido. Apesar do silêncio da lei, entende-se que tal vedação alcança não apenas as hipóteses em que estiver comprovada má-fé, ou seja, o dolo da parte em produzir a nulidade para, posteriormente, dela se beneficiar, como também aquelas situações em que a parte laborou com culpa." (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Editora JusPODIVM, 3. ed. 2015. p. 1.578)

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta corte:

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. LATROCÍNIOS E ROUBOS MAJORADOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E PRISÃO PREVENTIVA. INSTITUTOS DISTINTOS. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. OUVIDA DE TESTEMUNHA. INDEFERIMENTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DO RÉU NAS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO. POSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO NÃO VERIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

[...]

6. **"O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu"** (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010).

7. Hipótese em que o advogado constituído pela defesa, mesmo intimado, não se desincumbiu do ônus de regularizar o endereço



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"da sua principal testemunha", razão pela qual não há falar em nulidade do ato, tendo em vista que caberia à defesa informar a alteração do endereço no curso do processo. Nos termos da legislação processual pátria, não cabe à parte arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido (ex vi, art. 565 do CPP).

8. Em relação à alegada nulidade das audiências realizadas à revelia do paciente, cumpre registrar que, embora conveniente, não é indispensável a presença do acusado para a validade do ato processual. Trata-se de nulidade relativa, que demanda a demonstração de concreto prejuízo.

9. No caso em exame, a defesa apresentou atestado médico, o qual prescrevia 10 dias de repouso, justificando a ausência do acusado às audiências. Entretanto, o paciente "demonstrando completo desinteresse pelo deslinde do feito, mesmo ultrapassado o referido período, [...] continuou isentando-se de comparecer em juízo para apresentar sua versão sobre o envolvimento em empreitada criminosa de tamanha gravidade e repercussão no meio social", o que seria de rigor.

[...]

11. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento de nulidade exige a demonstração do prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*, o que não se verifica na espécie.

[...]

13. *Habeas corpus não conhecido*" (HC 356.032/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 22/6/2017, grifei).

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. ILEGALIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. DEFESA REGULARMENTE INTIMADA. PRAZO RECURSAL TRANSCORRIDO IN ALBIS. DESÍDIA DA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE BENEFÍCIO POSTERIOR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 3. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Não é possível conhecer do recurso, uma vez que o acórdão impugnado não analisou os temas trazidos pelos recorrentes, não tendo havido, portanto, manifestação da Corte local a respeito da nulidade apontada. Dessarte, fica inviabilizada a análise de eventual ilegalidade pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância e incidir em patente desprestígio às instâncias ordinárias.

2. Ademais, revela-se manifesto nos autos que tanto os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

réus quanto seus advogados foram devidamente intimados da sentença condenatória, tendo os causídicos optado por opor embargos de declaração. No mais, a defesa foi igualmente intimada de forma regular da decisão proferida nos aclaratórios, tendo transcorrido in albis o prazo recursal, cuja consequência, como é cediço, é o trânsito em julgado. Assim, não é possível arguir em seu benefício situação a que a própria defesa deu causa, sob pena de violação do princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (nemo auditur propriam turpitudinem allegans).

3. Recurso em habeas corpus não conhecido" (RHC 77.001/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 16/11/2016, grifei).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 302, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DA LEI 9.503/97. FALTA DE INTIMAÇÃO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. RENÚNCIA DOS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS. VINCULAÇÃO PELO PRAZO DE 10 DIAS. PETIÇÃO DE RENÚNCIA PROTOCOLIZADA APENAS NO JUÍZO SINGULAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, § 3º, DO ESTATUTO DA OAB E AINDA POR ANALOGIA AO ART. 45 DO CPC, VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS. VOLUNTARIEDADE RECURSAL. NULIDADE AFASTADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Incabível a nulidade do processo, porquanto, considerando que o julgamento do recurso de apelação ocorreu em 27/11/2014, a renúncia apenas em 17/11/2014 faz concluir que o advogado, previamente intimado, continuou a representar o paciente no prazo de 10 dias, na forma do art. 5º, § 3º, do Estatuto da OAB e ainda por analogia ao art. 45 do CPC, vigente à época dos fatos, não se encontrando o paciente indefeso, mormente pelo caráter facultativo da sustentação oral.

2. Interposto recurso de apelação por meio dos patronos constituídos à época, constitui ônus da parte e do advogado informar ao Tribunal de origem acerca da interrupção da atuação do causídico constituído, diante do princípio da lealdade processual, tendo em vista que a parte não pode se valer da sua própria torpeza para a anulação do processo, em situação onde dê causa ao resultado questionado.

3. Em face da regra processual da voluntariedade recursal, insculpada no art. 574, caput, do CPP, a ausência de oposição de embargos de declaração ou de interposição de recursos especial ou extraordinário à decisão de apelação não pode ser interpretada como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa de nulidade processual, pois não há obrigatoriedade em recorrer.

4. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental improvido" (AgRg HC 363.207/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 10/10/2016, grifei).

Igualmente, não há que se falar em nulidade na realização do interrogatório do paciente no início da instrução, porquanto o processo seguia o rito determinado anteriormente à vigência da Lei n. 11.719/2008, que alterou o art. 400 do Código de Processo Penal, cumprida, portanto, legislação anterior, à luz da regra **tempus regit actum** (art. 2º do CPP).

Exemplificativamente:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 171, § 3º, EM CONTINUIDADE DELITIVA, E 288, AMBOS DO CP. INTERROGATÓRIO REALIZADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008. DESNECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DO ATO. NULIDADE NÃO CONSTATADA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Para a declaração da nulidade no processo penal é preciso, antes de discutir o princípio do prejuízo, indicar a realização de ato em desconformidade com o modelo legal vigente.

2. Não há falar em falta de adequação do interrogatório ao tipo legal, pois, consoante a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, é válida a oitiva do réu como ato inaugural do processo se realizada antes da vigência da Lei n.

11.719/2008, que alterou o art. 400 do CPP, e a falta de sua renovação ao término da instrução processual não implica nulidade do processo, porquanto houve o cumprimento da legislação anterior, à luz da regra tempus regit actum (art. 2º do CPP).

3. O princípio da identidade física do juiz não pode ser interpretado de maneira absoluta e admite exceções que devem ser verificadas caso a caso, à vista, por exemplo, de promoção, remoção, convocação ou outras hipóteses de afastamento justificado do magistrado que presidiu a instrução criminal. 4. A instrução criminal foi presidida por vários juízes, haja vista a depreciação de cartas precatórias, e a mitigação do princípio da identidade física do juiz foi justificada pela remoção da titular da Vara Federal, que perdeu a competência para proferir sentença, o que impede a declaração de nulidade do processo e a determinação de novo julgamento da ação penal. Precedentes.

5. Recurso ordinário não provido." (RHC 78.603/MS, Sexta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 24/08/2017)

No que concerne à nulidade do interrogatório por ausência de defesa, realizado por meio de carta precatória, constou do termo que se encontra às fls. 372, a nomeação de Defensor, na pessoa do Dr. Vicente Magela de Faria, inclusive a oportunidade de entrevista reservada com o paciente, antes do ato. Conquanto não conste da referida ata a assinatura do causídico, não constou também a do Ministério Público, tratando-se de equívoco que, contudo, não tem o condão de invalidar o ato, uma vez que seu conteúdo é dotado de fé pública, que somente será afastada por meio de prova em contrário.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIVULGAÇÃO NA INTERNET DE MATERIAL PORNOGRÁFICO E ERÓTICO. CRIME DO ART. 241-A DA LEI 8069/90. ATIPICIDADE DA CONDUTA QUE NÃO SE VERIFICA.

I - Firmou-se nesta Corte o entendimento de que a certidão de nascimento não é o único documento idôneo para comprovar a idade de criança ou adolescente, que também pode ser atestada por outros documentos oficiais, dotados de fé pública, emitidos por órgãos estatais de identificação civil e cuja veracidade somente pode ser afastada mediante prova em contrário.

II - No caso, como bem consignou o acórdão recorrido, os documentos acostados aos autos - diversas imagens e diálogos - e representação por mandado de busca e apreensão demonstram o envolvimento de adolescentes na conduta delitiva.

III - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 1194797/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 21/02/2018).

Nesse diapasão, o documento apresentado pela Defesa, no qual consta declaração do advogado negando a participação no ato, não possui fé pública, foi produzido unilateralmente e sem observar o contraditório, mais de sete anos após a realização do ato. Por tais fundamentos, não configura prova apta a afastar a presunção de veracidade que possui a ata de audiência, lavrada por "escrevente judicial" e subscrita por Juiz de Direito.

No que concerne ao direito de presença, verifica-se que no caso dos autos, a Defensoria Pública foi nomeada quando da realização da audiência, para assistir os interesses do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao analisar a questão, o eg. Tribunal de origem assim se manifestou sobre a questão:

"Ocorre que, conforme se verifica das audiências de instrução, nas quais foram ouvidas testemunhas e interrogado um dos corréus, o ora paciente esteve representado por defensor público (fls. 404/406, 460), que também apresentou as alegações finais (fls. 472/479) e que, em momento algum, alegou nulidade ou demonstrou a existência de qualquer prejuízo, sendo certo que a jurisprudência do Colendo STJ é clara em asseverar que "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." (HC 123432 / SP), tratando-se, portanto, de nulidade relativa.

No mesmo sentido, a alegada ausência de requisição do ora paciente para a audiência de oitiva de testemunha também não configurou vício procedimental, pois, assim como o tema rebatido acima, "A ausência do réu na audiência de instrução na qual é procedida a oitiva de testemunhas não acarreta, por si só, nulidade do processo, porquanto se trata de nulidade relativa, devendo, portanto, demonstrar-se o efetivo prejuízo." (STJ, AgRg no REsp 1105391 / RS).

Afere-se, pois, que o réu foi assistido pela Defesa técnica então nomeada, que se fez presente, concordou com a realização do ato e não arguiu, no momento oportuno, qualquer irregularidade.

Por outro lado, não trouxe o impetrante comprovação de qualquer prejuízo para o paciente em vista da ausência de requisição para a audiência, limitando-se a afirmar que se trata de direito que, não observado, configura nulidade.

Ora, não obstante seja direito do acusado em processo penal a presença nos atos processuais, não se trata de direito indisponível e irrenunciável. Portanto, o não comparecimento do acusado em audiência não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a comprovação do prejuízo e sua arguição no momento oportuno.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CONSUMADO E HOMICÍDIOS TENTADOS. NULIDADE. DIREITO DE PRESENÇA. AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO RÉU. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRESENÇA DA DEFESA TÉCNICA. ADITAMENTO. NOVA CITAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESNECESSIDADE. FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA SE MANIFESTAR. AMPLA DEFESA GARANTIDA. REVELIA. NULIDADE DECRETADA PELA ORIGEM NO JULGAMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO. PERDA DE OBJETO. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO.

I - O direito de presença aos atos processuais não é indisponível e irrenunciável, de modo que o não comparecimento do acusado em audiência de oitiva de testemunhas não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a arguição no momento oportuno e a comprovação do prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP - pas de nullité sans grief.

II - Na espécie, verifica-se que todas as audiências realizadas para a instrução criminal foram acompanhadas pela Defensoria Pública, então nomeada para a defesa do recorrente, a qual concordou com a colheita da prova e não arguiu a nulidade na próxima oportunidade em que se manifestou nos autos, tampouco comprovando o prejuízo nesta seara.

[...]

Recurso em habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.' (RHC 67.150/MA, **Quinta Turma, de minha relatoria**, DJe 29/11/2017).

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTOS FALSOS E PECULATO. REVELIA. PLEITO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. COMPARECIMENTO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INÉRCIA DA DEFESA TÉCNICA. ART. 565 DO CPP. DIREITO ABSOLUTO DE PRESENÇA. INEXISTÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

2. Preliminar de preclusão consumativa suscitada pelo Parquet Federal rejeitada.

3. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief).

4. "O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa e arguição em momento oportuno, o que não ocorreu no caso dos autos." (RHC 39.287/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2017).

5. Dispõe o art. 367 do CPP que "o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo".

6. No caso em exame, o paciente não foi localizado no endereço declinado nos autos para a intimação do interrogatório, o que levou a decretação de sua revelia. **Posteriormente na audiência de instrução e julgamento, com a sua presença, nada foi requerido pela defesa técnica acerca do seu interrogatório.**

7. Nos termos da legislação processual pátria, não cabe à parte arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido (ex vi, art. 565 do CPP).

8. Habeas corpus não conhecido." (HC 331.634/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 07/02/2018).

"HABEAS CORPUS. AUTODEFESA. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO NA OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NULIDADE NÃO CONSTATADA. CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O direito de presença - como desdobramento da autodefesa (que também comporta o direito de audiência) - assegura ao réu a possibilidade de acompanhar os atos processuais, e é dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado está preso, impossibilitado de livremente deslocar-se para o fórum.

2. Contudo, não se trata de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica - conforme positivado no art. 261 do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 -, de modo que o não comparecimento do acusado às audiências de inquirição das testemunhas de acusação, por meio de carta precatória, não pode ensejar, por si só, a declaração da nulidade absoluta do ato, dada a imprescindibilidade da comprovação de prejuízo e de sua arguição no momento oportuno. Precedentes do STF e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do STJ.

3. A falta de requisição de réu preso para a audiência de inquirição das testemunhas de acusação, realizada por meio de carta precatória, constitui nulidade relativa, que deve ser apontada em momento oportuno, acompanhada da comprovação de prejuízo efetivo para a parte, o que não ocorreu na hipótese. 4. Não se permite a compensação integral entre a confissão e a reincidência quando a recidiva do réu for específica e numerosa, por evidenciar maior reprovabilidade da conduta. *Precedentes.*

5. A matéria relativa à aplicação do art. 387, § 2º, do CPP não foi objeto de análise pelo Tribunal a quo; fica, assim, impedida sua admissão, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Ordem denegada." (HC 389.607/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 01/08/2017).

Conclui-se do exame do feito, que o paciente esteve assistido por defesa técnica em todos os atos processuais, não havendo comprovação de qualquer prejuízo. Vale ressaltar que na decisão vergastada, o eg. Tribunal de origem assentou que a Defensoria Pública cumpriu o seu **munus** sempre que lhe foi determinado e que "*as alegações finais que ora se pretende desconstituir fundaram-se nas próprias declarações do réu (que a todo momento negou qualquer participação nos crimes), pleiteando a absolvição por insuficiência de provas, apresentando, para tanto, fundamentos jurídicos*" (fl. 1163).

Não há que se falar, portanto, em ausência de defesa. Ademais, inviável classificar como insatisfatória a atuação anterior apenas porque a nova Defesa não concorda com a linha exercida até então.

Sobre a matéria em debate, confirmam-se os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE DESEMBARGADORA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADVOGADO DATIVO. DILIGÊNCIA NA ATUAÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. MÁCULA INEXISTENTE.

1. É inviável o conhecimento do habeas corpus, uma vez que a defesa se insurge contra decisão singular de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, contra a qual seria cabível agravo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regimental, que não foi interposto. Precedentes do STJ e do STF.

2. Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta da ação penal, sendo certo que eventual alegação de sua deficiência, para ser apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, tratando-se, pois, de nulidade relativa. Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

3. **Não se pode qualificar como defeituoso o trabalho realizado pelo anterior advogado responsável pela defesa do paciente, pois atuou de acordo com a autonomia que lhe foi conferida por ocasião da habilitação ao exercício da advocacia, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei 8.906/1994.**

4. **Diante de um insucesso, para o crítico sempre haverá algo a mais que o causídico poderia ter feito ou alegado, circunstância que não redunde, por si só, na caracterização da deficiência de defesa, a qual, conforme salientado, depende da demonstração do prejuízo para o acusado, não verificado na hipótese.**

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 399.878/SE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 14/06/2017).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADE. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA E DEFESA TÉCNICA DEFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 267/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

2. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Refletindo em seu conteúdo os ditames constitucionais, o art. 261 do Código de Processo Penal estabelece que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

3. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010).

4. O entendimento assente nesta Corte Superior é no sentido de que o reconhecimento de nulidades exige a demonstração do prejuízo. Ainda, conforme preceitua a Súmula 523/STF, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu".

5. "A alegação de deficiência da defesa deve vir acompanhada de prova de inércia ou desídia do defensor, causadora de prejuízo concreto à regular defesa do réu" (RHC 39.788/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 25/2/2015), o que não restou demonstrado na hipótese em apreço.

6. No caso em exame, não há falar em nulidade processual por deficiência de defesa técnica quando o defensor atuou em todas as fases do processo originário, participando da audiência e oferecendo alegações finais, nas quais pleiteou a absolvição, interpôs apelação, todas as condutas válidas de exercício e de opções da defesa técnica.

[...]

9. Writ não conhecido. (HC 271.255/SP, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 09/06/2017).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0198753-9

HC 411.652 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10183020380824001 18020380824

EM MESA

JULGADO: 22/03/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: RODRIGO DE PAIVA RIBEIRO
ADVOGADO	: RODRIGO DE PAIVA RIBEIRO - MG086170
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: EMERSON AURELIO DE SOUZA
CORRÉU	: FLAVIO LUIZ DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.