



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.965 - RS (2013/0374093-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ALEX DE JESUS (PRESO)
PACIENTE : AILTON FAEL VIEIRA RODRIGUES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PLEITO DE DECLARAR A NULIDADE DO JULGAMENTO PLENÁRIO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO, APÓS A DEFENSORIA PÚBLICA AFIRMAR QUE NÃO PODERIA PATROCINAR OS RÉUS, QUE ANTERIORMENTE INTIMADOS PARA QUE CONSTITUÍSSEM OUTRO PATRONO AFIRMARAM NÃO TER CONDIÇÕES PARA TANTO. PROCEDIMENTO EM CONSONÂNCIA COM AS REGRAS DO PROCESSO PENAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. O entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A defesa dos Pacientes estava a cargo de Advogado Constituído. Diante da renúncia deste, os réus foram intimados para nomear novo Defensor e afirmaram não poder contratar outro profissional. O Juiz condutor do feito requisitou a designação de Defensor Público para patrocinar os acusados no julgamento pelo Tribunal do Júri e, como não foi atendido, por falta de disponibilidade dos membros da Defensoria Pública gaúcha, nomeou Defensor Dativo para o ato.

4. O procedimento adotado pelo Juízo processante encontra-se em perfeita consonância com as regras de processo. Descabido, assim, o pleito de reconhecimento de nulidade no julgamento plenário, ao argumento de ofensa ao princípio do defensor natural.

5. Nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, "[n]enhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou para a defesa." É a consagração, entre nós, do princípio do prejuízo, também conhecido pela expressão "*pas de nullité sans grief*".

6. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

SUSTENTOU ORALMENTE NA SESSÃO DE 08/05/2014: DR. RAFAEL RAPHAELLI (P/PACTES)

Brasília (DF), 26 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.965 - RS (2013/0374093-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ALEX DE JESUS (PRESO)
PACIENTE : AILTON FAEL VIEIRA RODRIGUES (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEX DE JESUS e AILTON FAEL VIEIRA RODRIGUES, condenados à pena de 17 anos de reclusão, em regime fechado, como incurso no crime de homicídio qualificado, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, por maioria, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Defende a Impetrante, em suma, nulidade absoluta do Tribunal do Júri em razão da impossibilidade de a Defensoria Pública comparecer ao julgamento plenário dos Pacientes, foi-lhes nomeado Defensor Dativo para o ato. Sustenta, nos termos do voto vencido, a impossibilidade de substituição de defensor quando a defesa for patrocinada pela Defensoria Pública e violação à ampla defesa, pois os réus não manifestaram concordância com a substituição.

Pugna, em liminar e mérito, pela declaração da nulidade absoluta do processo desde o julgamento dos Pacientes pelo Tribunal do Júri.

O pedido de liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 686/687.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 699/737, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 741/750, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.965 - RS (2013/0374093-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PLEITO DE DECLARAR A NULIDADE DO JULGAMENTO PLENÁRIO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO, APÓS A DEFENSORIA PÚBLICA AFIRMAR QUE NÃO PODERIA PATROCINAR OS RÉUS, QUE ANTERIORMENTE INTIMADOS PARA QUE CONSTITUÍSSEM OUTRO PATRONO AFIRMARAM NÃO TER CONDIÇÕES PARA TANTO. PROCEDIMENTO EM CONSONÂNCIA COM AS REGRAS DO PROCESSO PENAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. O entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A defesa dos Pacientes estava a cargo de Advogado Constituído. Diante da renúncia deste, os réus foram intimados para nomear novo Defensor e afirmaram não poder contratar outro profissional. O Juiz condutor do feito requisitou a designação de Defensor Público para patrocinar os acusados no julgamento pelo Tribunal do Júri e, como não foi atendido, por falta de disponibilidade dos membros da Defensoria Pública gaúcha, nomeou Defensor Dativo para o ato.

4. O procedimento adotado pelo Juízo processante encontra-se em perfeita consonância com as regras de processo. Descabido, assim, o pleito de reconhecimento de nulidade no julgamento plenário, ao argumento de ofensa ao princípio do defensor natural.

5. Nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, "[n]enhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa." É a consagração, entre nós, do princípio do prejuízo, também conhecido pela expressão "*pas de nullité sans grief*".

6. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

É cediço que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque a competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal trata-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, não tem admitido a extensão desse entendimento aos casos de *writ* substitutivo de recurso especial (HC 115715, Rel. Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, DJe-179 PUBLIC 12-09-2013; RHC 117845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe-197 PUBLIC 07-10-2013; HC 113690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, DJe-197 PUBLIC 08-10-2012).

Diante disso, embora reconheça a ocorrência de abuso na utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, vinha persistindo no conhecimento do *writ* em tais casos, por cautela, até o final posicionamento da Suprema Corte.

Porém, vencida nesta colenda Quinta Turma (HC 266.835/SP e HC 274.618/SP, julgados em 21/11/2013), razão a que me curvo ao entendimento majoritário, para, ressalvado meu posicionamento pessoal, não conhecer do *habeas corpus* substitutivo do recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, extrai-se dos autos que AILTON FAEL VIEIRA RODRIGUES foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c art. 29, *caput*, e art. 61, inciso I, todos do Código Penal. ALEX DE JESUS, por sua vez, foi acusado da prática do crime previsto no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c art. 29, *caput*, ambos do Código Penal.

Consoante narra a denúncia:

"No dia 20 de maio de 2009, por volta das 23h, no Beco dos Anjos, em via pública, Vila Cruzeiro, nesta Capital, os denunciados AILTON FAEL VIEIRA RODRIGUES e ALEX DE JESUS, em comunhão de esforços e conjugação de vontades, por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, fazendo uso de arma de fogo, desferindo disparo, mataram MARCOS PEREIRA DE MOURA, consoante auto de necropsia da fl. 13/17 do IP, o qual consigna como causa da morte 'hemorragia encefálica consecutiva a ferimento por arma de fogo'.

O crime foi cometido por motivo torpe, vingança, em razão de acerto de 'contas' relativo ao tráfico de entorpecentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, uma vez que os denunciados, previamente ajustados, desferiram disparo contra a vítima, pelas costas, a curta distância, em clara execução, o que dificultou sua defesa.

O denunciado AILTON FAEL VIEIRA RODRIGUES concorreu para a prática do crime na medida em que desferiu disparo de arma de fogo contra a vítima, bem como prestando apoio moral e incentivo mútuo a seu comparsa, encorajando-se e solidarizando-se em todas as etapas da empreitada criminosa.

O denunciado ALEX DE JESUS concorreu para a prática do crime na medida em que prestou apoio moral e incentivo mútuo a seu comparsa, encorajando-se e solidarizando-se em todas as etapas da empreitada criminosa.

O denunciado AILTON FAEL VIEIRA RODRIGUES é reincidente, consoante certidão de antecedentes de fls." (fls. 43/440)

A denúncia foi recebida em 02 de março de 2010.

Submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, os réus foram condenados como incurso nas sanções do art.121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, à pena de 17 anos de reclusão, para cada um, em regime inicial fechado.

Em sede de apelação, a Defensoria Pública, atuando na defesa dos Pacientes, sustentou, preliminarmente, a nulidade do julgamento pela nomeação de Defensor Dativo. No mérito, requereu o redimensionamento da pena aplicada.

O recurso defensivo foi parcialmente provido, por maioria, para reduzir , penas definitivas para 16 anos e 02 meses de reclusão, em regime fechado, vencido o Desembargador Revisor que entendeu pela nulidade absoluta do feito desde a nomeação do Defensor Dativo.

Os embargos infringentes opostos, requerendo a prevalência do voto-vencido, foram desacolhidos, também por maioria, em julgado assim ementado:

"EMBARGOS INFRINGENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE DESIGNAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA SESSÃO DE JULGAMENTO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE INEXISTENTE.

A nomeação de defensor dativo para julgamento pelo Tribunal do Júri, após informação da Coordenadoria Regional de que não seria possível a designação de Defensor Público, não significa violação ao princípio da ampla defesa. Embargos infringentes desacolhidos. Por maioria." (fl. 732)

No presente writ substitutivo, o Impetrante repisa a tese de nulidade absoluta do julgamento plenário porque os Pacientes tinham que ser notificados e informados da mudança na sua Defesa. Afirma, para tanto, que houve cerceamento à defesa dos réus, que foram levados a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo sem conhecer o Defensor Dativo, nomeado pelo Juiz sem qualquer prévia comunicação.

Pois bem.

O voto-vencido, que se busca fazer prevalecer com o presente *habeas corpus*, assim delineou a situação fática na ação penal vergastada:

"O advogado constituído dos recorrentes renunciou ao mandato, conforme petição de fl. 459. Então, intimados (fl. 460/463), os réus pediram a nomeação de Defensor Público (fl. 462). A Defensoria Pública, na manifestação de fl. 465, pediu a transferência do julgamento, pois havia sido intimada no dia 3 de agosto, enquanto que a sessão estava apazada para o dia 7 daquele mesmo mês. O pedido foi atendido pelo juízo, que designou a data de 29 de agosto para o julgamento (fl. 466). Desta decisão, a Defensoria foi intimada em 13 de agosto (fl. 469 v.). No dia 15 de agosto foi expedido o ofício de fl. 470, assinado pelo Coordenador Regional I da Defensoria Pública, informando que, tendo em vista a excessiva quantidade de julgamentos daquele mês, não seria possível designar defensor para o plenário. Assim, pediu a transferência da solenidade a fim de assegurar a plenitude de defesa, garantindo aos réus a assistência por eles solicitada. O pedido foi indeferido pelo juízo em 20 de agosto, tendo sido nomeado defensor dativo sem a intimação dos acusados (fl. 471)." (fl. 673).

Como se vê, a defesa dos Pacientes estava a cargo de Advogado Constituído. Diante da renúncia deste, os réus foram intimados para nomear novo Defensor e afirmaram não poder contratar outro profissional. O Juiz condutor do feito requisitou a designação de Defensor Público para patrocinar os acusados e, por falta de disponibilidade dos membros da Defensoria Pública gaúcha, nomeou Defensor Dativo para defender os Pacientes no julgamento pelo Tribunal do Júri.

Diante das circunstâncias narradas, entendeu o voto vencido que *"há nulidade porque o réu não manifestou concordância com a substituição da Defensoria Pública por advogado dativo e sempre que houver necessidade de substituir o defensor constituído, ou, conforme o caso dos autos, o Defensor Público, o réu deve previamente ser consultado a respeito"* (fl. 673).

Esclareço, inicialmente, que consoante orientação desta Corte Superior de Justiça, o acusado tem o direito de constituir advogado de sua confiança para atuar no processo-crime a que responde, em homenagem ao princípio da ampla defesa. Direito que foi assegurado aos Pacientes.

Em caso de renúncia do advogado constituído, deve-se intimar o réu para que nomeie novo patrono, sob pena de nulidade. Apenas permanecendo inerte o acusado, nomeará o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Magistrado causídico para defendê-lo.

Frise-se que os Pacientes não indicaram advogado de sua confiança e afirmaram que não possuíam condições de contratar causídico particular. E como a Defensoria Pública informou ao Magistrado que não possuía condições de patrocinar os réus no julgamento plenário, entendo ser desnecessário proceder nova intimação dos acusados para, caso quisessem, constituir um patrocinador particular.

Afinal, já assentada a impossibilidade dos réus de prover seus meios de defesa.

Assim sendo, não houve cerceamento de defesa pela nomeação automática do novo Advogado Dativo. Ao revés, o procedimento adotado pelo Juízo processante encontra-se em perfeita consonância com as regras de processo. Descabido, portanto, o pleito de reconhecimento de nulidade no julgamento plenário, ao argumento de ofensa ao princípio do defensor natural.

Outro não foi o entendimento do Tribunal de Justiça gaúcho, *in verbis*:

"No caso, a Defensoria Pública informou previamente que não poderia destacar Defensor Público para sessão do Júri, em virtude da excessiva quantidade de julgamentos aprazados para o mês de agosto de 2012 (fl. 470). Houve, então, a nomeação de Defensor Dativo (fl. 471), contra a qual se insurge, neste momento processual, o recorrente, alegando ofensa ao princípio do defensor natural, e, ainda, que a nomeação, sem a devida autorização, ofende o princípio da plenitude defensiva.

De início, lembro que, não sendo possível o seu comparecimento, a Defensoria Pública deveria proceder a sua substituição por outro da instituição, pois, "nos termos do art. 3º da Lei Complementar 80 de 12/01/1994, um dos princípios institucionais da Defensoria Pública, é o da indivisibilidade, segundo o qual determinado Defensor Público, em caso de ausência ou impedimento, pode ser substituído por outro" (HC 31073/SP, 5ª T., STJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 26/10/04). No caso dos autos, no entanto, não se trata da justificativa de um defensor em particular, mas sim de justificativa da instituição, no sentido de que não havia nenhum Defensor Público disponível para atuar na defesa dos réus (fl. 470). Portanto, certo o Magistrado em realizar a nomeação de Defensor Dativo.

Ademais, saliento que o fato de se nomear Defensor Dativo para suprir a ausência do representante da Defensoria Pública em sessão do Tribunal do Júri, a priori, não obstaculiza a defesa do réu. Ao contrário, serve como medida assecuratória do seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Transferir o ato solene, ademais, significa obrigar o réu a esperar indefinidamente por uma data para ter sua situação resolvida, violando, sobremaneira, o princípio da celeridade processual, disposto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Carta Constitucional.

[...]

Além disso, penso não estar a pauta do Julgador vinculada à disponibilidade dos Defensores (respeitada a prerrogativa institucional de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organizar suas prioridades) – quaisquer que sejam –, mas, sim, ao interesse do réu. In casu, os réus estavam presos preventivamente, e a mudança da data do julgamento, em caso de futura absolvição, prejudicaria ainda mais o acusado. Não reconheço, em princípio, atração excepcional na mera alegação, formulista e genérica, de excessiva quantidade de julgamentos aprazados (fl. 470) – o que demandaria demonstração pormenorizada. Por conseguinte, ficar à mercê dos representantes das partes, alterando datas sem efetiva comprovação de situação excepcional (que, ainda assim, poderia, noutra linha de ponderação, determinar eventual cassação de férias ou de licença, por necessidade de serviço), causaria mais que transtorno ao Poder Judiciário, iria de encontro a preceitos fundamentais, como o da razoável duração do processo.

[...]

Por outro lado, ainda que se cogitasse de nulidade absoluta do processo por falta de defesa (uma hipótese que não avisto), a Súmula 523 do STF é clara ao dispor que “a sua deficiência (da defesa) só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Igualmente, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, não há que se falar em nulidade quando não houver prejuízo para as partes. E, nesse diapasão, ressalto não ter ocorrido qualquer comprovação de efetivo prejuízo capaz de invalidar a prova colhida durante a sessão de julgamento. Enalteço, inclusive, que, conforme consta na ata da sétima sessão de julgamento da sétima reunião do Tribunal do Júri da comarca de Porto Alegre (fls. 473/500), o Defensor Dativo postulou, por mais de 01 (uma) hora, a absolvição do réu, sustentando a insuficiência de provas.” (fls. 666/668)

De outro lado, ressaltou a Corte *a quo* que os réus foram satisfatoriamente assistido pelo Defensor Dativo, que pugnou pela absolvição dos acusados durante o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Logo, não há como reconhecer nulidade no processo-crime, em razão de cerceamento de defesa, porquanto não restou configurado, na espécie, de forma concreta e efetiva, quaisquer prejuízos aos Pacientes em decorrência da participação do Defensor Dativo no processo.

Nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, “[n]enhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.” É a consagração, entre nós, do princípio do prejuízo, também conhecido pela expressão “*pas de nullité sans grief*”.

No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RÉU QUE AFIRMOU NÃO POSSUIR E NÃO TER CONDIÇÕES DE CONSTITUIR UM ADVOGADO DE DEFESA. FALECIMENTO DO DEFENSOR NOMEADO PELO JUÍZO. NOMEAÇÃO DIRETA DE ADVOGADO DATIVO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. PACIENTE DEVIDAMENTE ASSISTIDO DURANTE TODA A FASE COGNITIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."

3. **O réu não indicou advogado de sua confiança para exercer sua defesa e afirmou que não possuía condições de contratar um causídico particular, logo, após o falecimento do defensor nomeado pelo Juízo, desnecessário proceder nova intimação do Paciente para, caso quisesse, constituir um patrocinador. No caso, não houve cerceamento de defesa pela nomeação automática do novo advogado dativo, tanto que a condenação transitou em julgado sem qualquer impugnação.**

4. **Descabe considerar indefeso réu que foi satisfatoriamente assistido durante a instrução criminal por Defensor Dativo que atuou em todos os atos processuais, compareceu às audiências, apresentou alegações finais e pugnou pela absolvição ou pela desclassificação da conduta do acusado para lesões corporais no julgamento pelo Tribunal do Júri. Incidência da Súmula n.º 523 do Supremo Tribunal Federal.**

5. Para afastar a tese de nulidade pela falta de intimação pessoal do defensor dativo da sessão de julgamento do recurso de apelação, suscitada pelo parecer ministerial, basta dizer que a condenação transitou em julgado na primeira instância.

6. *Habeas corpus não conhecido.*" (HC 213687/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013)

Por fim, o Tribunal de Justiça *a quo*, ao julgar o recurso de apelação arrazoadado pela Defensoria Pública gaúcha - ora Impetrante -, em defesa dos Pacientes, confirmou a condenação, em claro indicativo de que a eventual deficiência não influenciou no resultado do processo. Tal circunstância atrai a incidência da Súmula n.º 523 do Pretório Excelso. Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Súmula n.º 523: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a deficiência só anulará se houver prova do prejuízo para o réu."

Assim, não resta configurada ilegalidade manifesta que permita a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO DA ORDEM de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0374093-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 281.965 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 001209009144441 09144426920098210001 1209009144441 70046443834 70052652971
9144426920098210001

EM MESA

JULGADO: 08/05/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: ALEX DE JESUS (PRESO)
PACIENTE	: AILTON FAEL VIEIRA RODRIGUES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. RAFAEL RAPHAELLI (P/PACTES)

CERTIDÃO

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

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora não conhecendo do pedido, no que foi acompanhada pelo voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, pediu vista o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze."

Aguardam os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Regina Helena Costa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.965 - RS (2013/0374093-0)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão relativa à nulidade absoluta da nomeação de defensor dativo para a defesa dos pacientes na sessão de julgamento da 7ª Reunião do Tribunal do Júri da Comarca de Porto Alegre.

O feito foi assim sumariado pela Relatora, Ministra Laurita Vaz:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEX DE JESUS e AILTON FAEL VIEIRA RODRIGUES, condenados à pena de 17 (dezessete) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso no crime de homicídio qualificado, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, por maioria, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Defende a impetrante, em suma, a nulidade absoluta do Tribunal do Júri, uma vez que, diante da impossibilidade de a Defensoria Pública comparecer ao julgamento plenário dos pacientes, foi-lhes nomeado Defensor Dativo para o ato. Sustenta, nos termos do voto vencido, a impossibilidade de substituição de defensor quando a defesa for patrocinada pela Defensoria Pública e violação à ampla defesa, pois os réus não manifestaram concordância com a substituição.

Pugna, em liminar e no mérito, pela declaração da nulidade absoluta do processo desde o julgamento dos pacientes pelo Tribunal do Júri.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 686/687.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 699/737, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 741/750, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

Pelo seu voto, a Ministra Relatora não conhece do *habeas corpus* ao seguinte argumento:

[...]

Como se vê, a defesa dos Pacientes estava a cargo de Advogado Constituído. Diante da renúncia deste, os réus foram intimados para nomear novo Defensor e afirmaram não poder contratar outro profissional. O Juiz condutor do feito requisitou a designação de Defensor Público para patrocinar os acusados e, por falta de disponibilidade dos membros da Defensoria Pública gaúcha, nomeou Defensor Dativo para defender os Pacientes no julgamento pelo Tribunal do Júri.

Diante das circunstâncias narradas, entendeu o voto-vencido que 'há



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nulidade porque o réu não manifestou concordância com a substituição da Defensoria Pública por advogado dativo e sempre que houver a necessidade de substituir o defensor constituído, ou, conforme o caso dos autos, o Defensor Público, o réu deve ser previamente a respeito" (fl. 673).

Esclareço, inicialmente, que consoante orientação desta Corte Superior de Justiça, o acusado tem o direito de constituir advogado de sua confiança para atuar no processo-crime a que responde, em homenagem ao princípio da ampla defesa. Este direito foi assegurado aos Pacientes.

Em caso de renúncia do advogado constituído, deve-se intimar o réu para que nomeie novo patrono, sob pena de nulidade. Apenas permanecendo inerte o acusado, nomeará o Magistrado causídico para defendê-lo.

É importante frisar que os Pacientes não indicaram advogado de sua confiança e afirmaram que não possuíam condições de contratar causídico particular. E como a Defensoria Pública informou ao Magistrado que não possuía condições de patrocinar os réus no julgamento plenário, no meu entender seria desnecessário proceder nova intimação dos acusados para, caso quisessem, constituir um patrocinador particular.

Afinal, já assentada a impossibilidade dos réu de prover seus meios de defesa.

E assim sendo, não houve cerceamento de defesa pela nomeação automática do novo Advogado Dativo. Ao revés, o procedimento adotado pelo Juízo processante encontra-se em perfeita consonância com as regras do processo. Descabido, portanto, o pleito de reconhecimento de nulidade de julgamento plenário, ao argumento de ofensa ao princípio do defensor natural.

Outro não foi o entendimento do Tribunal de Justiça gaúcho, *in verbis*: [...]

De outro lado, ressaltou a Corte *a quo* que os réus foram satisfatoriamente assistidos pelo Defensor Dativo, que pugnou pela absolvição dos acusados durante o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Logo, não há como reconhecer nulidade no processo-crime, em razão de cerceamento de defesa, porquanto não restou configurado, na espécie, de forma concreta e efetiva, quaisquer prejuízos aos Pacientes em decorrência da participação do Defensor Dativo no processo.

Nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, 'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'. É a consagração, entre nós, do princípio do prejuízo, também conhecido pela expressão '*pas de nullité sans grief*'.

No mesmo sentido, já decidiu este Superior Tribunal de Justiça: [...]

Por fim, o Tribunal de Justiça *a quo*, ao julgar o recurso de apelação arrazado pela Defensoria Pública gaúcha - ora Impetrante -, em defesa dos pacientes, confirmou a condenação, num claro indicativo de que a eventual deficiência não influenciou no resultado do processo. Tal circunstância atrai a incidência da Súmula 523 do Pretório Excelso. Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Assim, não resta configurada ilegalidade manifesta que permita a concessão da ordem de ofício.

Passo, então, às minhas observações.

Como se viu, interpôs a defesa recurso de apelação contra decisão que condenou os pacientes, pela prática das condutas descritas no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, às penas de 17 (dezessete) anos de reclusão, a serem cumpridas inicialmente no regime fechado.

Segundo o acórdão local, o advogado constituído pelos pacientes renunciou ao mandato por motivos de ordem particular. Intimados pessoalmente, informaram os acusados não possuírem condições financeiras para a nomeação de novo causídico, sendo, em razão disso, nomeada a Defensoria Pública para o patrocínio da causa. Designada data para a sessão de julgamento, a Defensoria Pública solicitou a transferência do ato. O pedido foi atendido pelo Magistrado, sendo a sessão plenária transferida para 29 de agosto de 2012. No entanto, em 15 de agosto de 2012, foi expedido ofício assinado pelo Coordenador Regional da Defensoria Pública, elucidando que, tendo em vista o excessivo número de julgamentos agendados, não seria possível a designação de Defensor Público para atuar em Plenário. O novo pedido foi indeferido, nomeando-se Defensor Dativo para o ato.

Segundo o impetrante, a sessão de julgamento seria nula, pois não observada a garantia da ampla defesa, sendo, na sua visão, evidente o prejuízo.

Após algumas reflexões, convenci-me de que o procedimento adotado na origem não ocasionou cerceio à defesa dos réus. Observem que venho solucionando questões desse jaez em conformidade com o princípio do prejuízo, lembrando, no particular, representarem as formas processuais apenas instrumentos para a correta aplicação do direito. Nesses termos, a desobediência às formas estabelecidas pelo legislador, somente conduzirá à declaração de nulidade do ato quando a finalidade buscada pela norma for comprometida pelo vício. É dizer, apenas a atipicidade relevante, capaz de produzir dano evidente ao direito da parte, autoriza o reconhecimento da invalidade. A propósito, relembro o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC n. 104.308 (Relator o Ministro Luiz Fux):

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ART. 121, § 2º, I, III e IV. TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGADA DEFICIÊNCIA DO TERMO DE VOTAÇÃO PELA AUSÊNCIA DE CONSIGNAÇÃO DOS NÚMEROS DE VOTOS AFIRMATIVOS E NEGATIVOS DO CONSELHO DE SENTENÇA. CP, ART. 487. NULIDADE ABSOLUTA. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. VOTO PRELIMINAR

[...]

6. É cediço na Corte que: a) no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do CPP, verbis: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'; b) nesse mesmo sentido é o conteúdo do Enunciado da Súmula nº 523 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'.

7. A doutrina do tema assenta, verbis: 'Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício' (in Grinover, Ada Pellegrini - As nulidades no processo penal, Revista dos Tribunais, 7ª EDIÇÃO, 2001, p. 28).

8. É que o processo penal pátrio, no que tange à análise das nulidades, adota o Sistema da Instrumentalidade das Formas, em que o ato é válido se atingiu seu objetivo, ainda que realizado sem obediência à forma legal. Tal sistema de apreciação das nulidades está explicitado no item XVII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, segundo o qual "não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.

9. Outrossim, é cediço na Corte que: '(...) O princípio do pas de nullité sans grief – corolário da natureza instrumental do processo – exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato" (HC 93868/PE, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/12/2010). À guisa de exemplo, demais precedentes: HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA, DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010; HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA TURMA, DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010.

10. **In casu**, colhe-se que, não houve a efetiva demonstração de prejuízo para a defesa, e por isso não há que se falar em nulidade do julgamento pela ausência de consignação dos números de votos afirmativos e negativos do Conselho de Sentença.

[...]

15. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. [...] II – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III – A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o que decidido pela Primeira Turma desta Corte, ao apreciar o HC 103.525/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV – Recurso improvido. (RHC n.º 110.623/DF, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 26/3/2012.)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. INFRAÇÃO DO ART. 290, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR TER SIDO O INTERROGATÓRIO DO RÉU REALIZADO MEDIANTE CARTA PRECATÓRIA. 1. PACIENTE ASSISTIDO NESSE ATO PROCESSUAL POR DEFENSOR DATIVO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. 2. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. PRINCÍPIO QUE COMPORTA FLEXIBILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA. [...] Apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de “prova impossível”, o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. Precedentes. [...] 4. Ordem denegada. (HC n.º 107.769/PR, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJe de 28/11/2011.)

Noticiam estes autos que, em 22 de agosto de 2012 o Defensor Dativo foi nomeado para a sessão de julgamento marcada para o dia 29 de agosto de 2012, entregando-se, na oportunidade, cópia integral do processo ao causídico (fl. 583). Em suma, o Defensor Dativo tomou conhecimento, com antecedência suficiente ao exercício do contraditório e da ampla defesa, de todas as provas e alegações apresentadas pela acusação com o objetivo de imputar aos pacientes o crime descrito na inicial. Durante os debates o Defensor Dativo usou da palavra das 13:00 às 14:15. Houve réplica das 14:22 às 14:55 e tréplica das 14:55 às 15:20 (fl. 608). Diante dessas circunstâncias, não deparo com outra compreensão do caso senão a de que a solução dada pela Corte estadual fora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fiel às mencionadas garantias constitucionais. Não encontrei, na nomeação de Defensor Dativo, obstáculo ao exercício da plenitude de defesa, pois, além de nomeado com antecedência bastante ao estudo do processo, a ata de julgamento demonstra, no meu entendimento, debate intenso e efetivo do caso concreto, tecendo o causídico considerações sobre o mérito da causa, inclusive com pedido final fundamentado no art. 386 do Código de Processo Penal. Ora, a solução jurídica de invalidar um ato processual – esclarece a doutrina –, exige, como primeira baliza, a comprovação de dano manifesto às garantias do contraditório e da ampla defesa. Isso aqui não ocorreu.

De mais a mais, examinando os autos, depreende-se que a alegada nulidade – decorrente da nomeação de defensor dativo para a sessão de julgamento – não foi impugnada nos termos do art. 571, inciso V, do Código de Processo Penal. É dizer, não há notícia acerca de manifestação de inconformismo pela defesa logo após o indeferimento do pedido de adiamento formulado (fl. 582) ou da nomeação do causídico para o ato sobredito (fl. 583). O vício somente fora arguido como preliminar em tema de recurso de apelação, após a condenação dos réus pelo Tribunal do Júri. Dessa forma, constatando-se que a Defensoria Pública apenas suscitou a eiva após o resultado desfavorável da sessão de julgamento, ou seja, muito após o termo fixado em lei para a manifestação relativa à referida nulidade, a pretensão do impetrante encontra-se fulminada, também, pelo instituto da preclusão.

Diante dessas considerações, o meu convencimento é no sentido de acompanhar a Ministra Relatora, motivo por que voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0374093-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 281.965 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 001209009144441 09144426920098210001 1209009144441 70046443834 70052652971
9144426920098210001

EM MESA

JULGADO: 26/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. FATIMA APARECIDA DE SOUZA BORGHI

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ALEX DE JESUS (PRESO)
PACIENTE : AILTON FAEL VIEIRA RODRIGUES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE NA SESSÃO DE 08/05/2014: DR. RAFAEL RAPHAELLI
(P/PACTES)

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.