



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 374.616 - PR (2016/0269222-3)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE : FABIANA BIEMBENGUT LIMA DE MOURA**  
**ADVOGADO : FABIANA BIEMBENGUT LIMA DE MOURA - PR083191**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ**  
**PACIENTE : KERLEI GAVRONSKI CAVAGLIERI (PRESO)**

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO MINISTERIAL PROVIDO PARA RECONHECER A REINCIDÊNCIA E ALTERAR AS FRAÇÕES DO REQUISITO OBJETIVO DA PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. AUSÊNCIA DE CONTRARRAZÕES. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO E PREJUÍZO EVIDENTE.

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

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que se aplica ao agravo em execução o rito previsto no Código de Processo Penal ao recurso em sentido estrito.

3. "Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a falta de apresentação de contrarrazões ao recurso em sentido estrito por inércia do paciente ou de seu defensor enseja nulidade absoluta, em obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório" (HC 166.003/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA – Desembargador Convocado do TJ/RS –, Sexta Turma, julgado em 19/05/2011, DJe 15/06/2011). No mesmo diapasão: HC 257.721/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014 e HC 211.190/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 15/02/2012.

4. A teor do enunciado sumular 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. No caso, ficou demonstrado o prejuízo concreto ao paciente, uma vez que, levado a julgamento sem a apresentação das contrarrazões, foi o agravo em execução ministerial provido para reconhecer sua



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar a nulidade do julgamento do recurso de agravo em execução, devendo ser o paciente intimado para constituir defensor para apresentação das contrarrazões ao recurso ministerial, e, na ausência de indicação pelo paciente, deve o Juiz das Execuções nomear defensor dativo para a prática do ato.

### 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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 374.616 - PR (2016/0269222-3)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**

**IMPETRANTE : FABIANA BIEMBENGUT LIMA DE MOURA**

**ADVOGADO : FABIANA BIEMBENGUT LIMA DE MOURA - PR083191**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ**

**PACIENTE : KERLEI GAVRONSKI CAVAGLIERI (PRESO)**

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de KERLEI GAVRONSKI CAVAGLIERI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Consta da inicial que o ora paciente foi condenado à pena de 9 (nove) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, pela prática de crimes de tráfico de entorpecentes e corrupção ativa.

Narra a impetrante que o Ministério Público requereu a retificação da fração de cumprimento de pena, insistindo que o reeducando seria reincidente, tendo o MM. Juízo das Execuções Penais indeferido o pleito ao fundamento de que não há comprovação da reincidência alegada pelo *Parquet* (e-STJ fl. 16).

Inconformado, o Ministério Público teria interposto agravo em execução junto ao Tribunal de Justiça do Paraná, que deu provimento ao recurso (e-STJ fls. 28/32).

No presente *writ*, sustenta a defesa que não teriam sido apresentadas contrarrazões ao recurso, por inércia da defesa (mesmo regularmente intimada), tendo então o Juízo de primeiro grau encaminhado o recurso ao Tribunal de Justiça do Paraná.

Alega a defesa que tal decisão constitui coação ilegal contra o paciente, tratando-se de uma medida de extrema gravidade, uma vez que há nulidade absoluta pela ausência de defesa.

Alega, assim, que o acórdão guerreado padece de vício insanável, isso porque deixou de oportunizar manifestação a defesa quando julgou recurso de agravo sem as contrarrazões defensivas.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pede, liminarmente, que seja afastada a condição de reincidente do paciente, e, no mérito, a declaração de nulidade do acórdão, "assegurando-se ao paciente a possibilidade de progressão de regime com o cumprimento da fração de 2/5 para o crime assemelhado a hediondo, e 1/6 para o crime comum" (e-STJ fl. 11). Subsidiariamente, pleiteia "a concessão de novo prazo para interposição de contrarrazões de agravo em execução" (e-STJ fl. 11).

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 50/51), opinou o Ministério Público Federal pela denegação da ordem. Eis a ementa do parecer (e-STJ fls. 58/59):

*EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. AGRAVO EM EXECUÇÃO. EXASPERAÇÃO DO PERCENTUAL PARA PROGRESSÃO DE REGIME (3/5). INTIMADO O DEFENSOR PARA APRESENTAR CONTRARRAZÕES ESTE QUEDOU INERTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO QUE RECONHECEU AS PROVAS DA REINCIDÊNCIA POR OUTROS MEIOS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

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

*2 - A teor do enunciado da Súmula nº 523 do STF: “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.”.*

*3 - Esse Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que "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)*

*4 – A impetrante afirma, à inicial, que “Intimada a defesa, até então patrona da causa, para a apresentação de contrarrazões recursais, esta se ficou inerte.”*

*5 - A presença de contrarrazões não alteraria o resultado do acórdão, uma vez que, como bem frisou o Tribunal a quo, “a reincidência foi reconhecida por outro meio válido”. Prejuízo não demonstrado.*



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

*6 – Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem.*

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 374.616 - PR (2016/0269222-3)**

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

No presente *mandamus*, visa a impetrante, em síntese, anular o julgamento do recurso de agravo em execução interposto pelo Ministério Público e provido pelo Tribunal de origem, uma vez que, embora intimada pela imprensa oficial, a defesa não apresentou as contrarrazões ao recurso, tornando o paciente indefeso.

De início, observa-se que a Lei de Execução Penal não regulamentou o procedimento a ser seguido no recurso de agravo em execução, previsto em seu art. 197. Diante da falta de previsão legal, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que se aplica ao agravo em execução o rito previsto no Código de Processo Penal ao recurso em sentido estrito.

Veja-se:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*EXECUÇÃO. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL INDEFERIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE RECONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA.*

- 1. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros, 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).*
- 2. Consoante entendimento desta Corte, o rito do agravo em execução segue ao previsto para o recurso em sentido estrito, o qual é assegurado o direito de sustentação oral.*
- 3. Na espécie, verifica-se que não foi oportunizado ao defensor o direito de sustentação oral na sessão de julgamento. Nulidade reconhecida.*
- 4. Ordem concedida para anular o acórdão impugnado, determinando que outro seja proferido, assegurando à defesa o direito à sustentação oral. (HC 354.453/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).*

*EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO EM EXECUÇÃO. RITO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE TRASLADO DAS PEÇAS INDICADAS PELO AGRAVANTE. NULIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao 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 da ordem de ofício.*

*II - A teor da iterativa orientação jurisprudencial desta Corte, aplicam-se ao recurso de agravo em execução, previsto no art. 197 da Lei de Execução Penal, as disposições acerca do rito do recurso em sentido estrito, previstas nos arts. 581 e seguintes do Código de Processo Penal (precedentes) III - Tendo sido indicadas as peças que deveriam ser trasladadas para a correta instrução do agravo, não poderia a Corte a quo, alegando a ausência de peças essenciais ao reexame da questão, deixar de apreciar o recurso interposto, ante a incidência, in casu, do disposto nos arts. 587 e seguintes do CPP.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular o v. acórdão (agravo n. 0067216-90.2014.8.26.0000), determinando a baixa dos autos à Vara de Execuções Penais para que proceda o traslado das peças indicadas pela agravante (arts. 587 e seguintes do CPP), a fim de que seja o feito levado a novo julgamento. (HC 334.249/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).*

A jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que a ausência de intimação da Defesa para ofertar contra-razões ao recurso em sentido estrito (art. 588 do CPP) implica gravame aos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa (HC 38.320/SC, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, DJ de 6/12/04).

No caso, discute-se se a intimação da defesa para apresentar as contrarrazões ao agravo ministerial (art. 589 do CPP) seria suficiente para declarar o cumprimento das formalidades que cercam o processo penal.

A respeito, trago ao debate o seguinte trecho do voto proferido pela Desembargadora Convocada Jane Silva ao julgar o Recurso Especial nº 850.793/SP, que bem ilustra o tema ora tratado:

*A República Federativa do Brasil se organizou sob a égide da democracia de direito e preconizou como um dos meios de garantir aos indivíduos os seus direitos fundamentais, sobretudo o da liberdade, a utilização dos princípios do contraditório e da ampla defesa.*

*Sobre a matéria o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 707, nos seguintes termos: "Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo". A única exegese possível a ser dada para o enunciado transcrito é no sentido de que a Excelsa Corte objetivou tornar efetivo o direito à ampla defesa. Extrai-se desta Súmula que a nomeação de defensor dativo não supre a ausência de intimação do denunciado, entretanto seu teor não autoriza concluir o inverso, ou seja, que a intimação do denunciado dispensa a nomeação de defensor dativo.*

*Sobre o tema trago à baila as preciosos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***Não se exige necessariamente a resposta do recorrido no art. 589, pois, decorrido o prazo, mesmo sem ela, os autos serão conclusos ao juiz para proferir decisão. O preceito atingirá, em regra, o réu, e assim, para se assegurar a mais ampla defesa, no caso de não oferecimento das contra-razões, melhor que o juiz nomeie defensor para apresentá-las, quando, pela natureza do recurso, a falta possa causar grave prejuízo ao acusado. ("Recursos no Processo Penal", 4ª edição, 2005, RT, p. 187)***

*Em tópico específico sobre as contra-razões do indiciado, Heráclito Antônio Mossin, na obra "Recursos em matéria criminal", 4ª edição, 2006, editora Manole, pág. 265, cita em favor da tese ora esposada as seguintes considerações:*

*Embora não haja ainda relação jurídico-processual, mas tão só situação envolvendo o juiz e um quasi imputatus, de um lado, e o Ministério Público, de outro, de se reconhecer ao indiciado, com fulcro na aplicação analógica do art. 396 e parágrafos do CPC, como permite o art. 3º do CPP, interesse na impugnação da pretensão punitiva deduzida contra sua pessoa, mediante apresentação de contra-razões a recurso em sentido estrito interposto da rejeição da denúncia, tendo em vista a garantia da ampla defesa, assegurada pela CF no inc. LV do art. 5º, a despeito de esta, neste particular referir-se à figura do acusado (RT 668/296) (...)*

*A alegação de que ainda não existe relação processual instaurada não pode impedir que a pessoa diretamente interessada na decisão do recurso seja ouvida (JTACRESP 97/493)*

***Em suma, entendo que a ausência de apresentação de contra-razões em recurso em sentido estrito que propiciou o recebimento da denúncia contra a recorrente, mesmo tendo sido a denunciada intimada pessoalmente para tanto, macula a ação penal na sua gênese, não podendo prosperar, portanto o julgado do Tribunal Regional Federal da Terceira Região relativamente a Edenice Rodrigues Santiago.***

*O acórdão objeto do recurso especial viola os artigos 261 e 564, inciso II, "c" do CPP, no que diz respeito à ora recorrente, porquanto nenhum acusado, ainda que ausente e foragido, será processado sem defensor, sendo imperiosa a sua nulidade, por ausência de nomeação de defensor dativo para apresentar contra-razões ao recurso em sentido estrito.*

*(...)*

***A intimação da recorrida no recurso em sentido estrito não se presta ao cumprimento de mera formalidade. Cabe ao Poder Judiciário tornar efetivo o princípio da ampla defesa, que não se satisfaz em ser aparente.***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*A Sexta Turma desta Corte, em situação inversa, qual seja, constatada ausência de razões recursais em recurso em sentido estrito, assim se pronunciou, verbis:*

**HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. INTIMAÇÃO. OFERTAMENTO. RAZÕES DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INOCORRÊNCIA.**

*1. A constituição do termo inicial do prazo para ofertamento das razões do recurso em sentido estrito, em qualquer caso, se realiza com a intimação do defensor do réu, constituído ou dativo.*

***2. As razões do recurso em sentido estrito são essenciais à validade do processo, pena de violação manifesta do direito à ampla defesa assegurado na letra do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República.***

*3. Habeas corpus concedido para declarar nulo o processo, a partir, exclusive, do recebimento do recurso em sentido estrito interposto, eis que se preservou, em grau de recurso, a pronúncia impugnada, sem as razões do réu recorrente, as quais, por constituírem termo essencial, devem ser oferecidas por defensor dativo, se em branco restar a prévia oportunidade do réu de constituição de novo advogado. (HC 21.869/GO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ 15/03/2004).*

*Constata-se ter sido acordado que, à míngua de razões recursais do recurso em sentido estrito, impõe-se a nomeação de defensor dativo para apresentação de referida peça processual. A meu ver não há qualquer justificativa para se conferir ao recorrente que não apresenta razões recursais direito mais amplo que ao recorrido que deixa de oferecer contra-razões.*

*Ante o exposto, concluo que o acórdão que recebeu a denúncia deve ser anulado, quanto a Edenice Rodrigues Santiago por ausência de nomeação de defensor dativo. **A intimação da recorrida para apresentação de contra-razões não se presta ao cumprimento de mera formalidade. Cabe ao Poder Judiciário tornar efetivo o princípio da ampla defesa, que não se satisfaz em ser aparente.** (REsp 850.793/SP, Relatora Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, publicado no DJ de 21/10/2008).*

No mesmo sentido os seguintes julgados:

**PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE CONTRARRAZÕES. NULIDADE. PRESCRIÇÃO.**

*1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*

*2. Consubstancia cerceamento do direito de defesa o julgamento de recurso interposto pelo Ministério Público contra a rejeição da denúncia sem as contrarrazões defensivas.*

***3. Transcorrido in albis o prazo para oferecimento das contrarrazões, necessária seria a nomeação de defensor para o ato, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa, a inquinar de nulidade absoluta o processo.***

*4. A jurisprudência desta Corte Superior, a partir do julgamento do AgRg no Inq 2.537/GO pelo Supremo Tribunal Federal, orientou-se no sentido de que o crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A do CP, possui natureza de delito material, a exigir, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico consistente no efetivo dano à Previdência.*

*5. Tem-se, portanto, que o momento consumativo do delito em apreço não corresponde ao da supressão ou da redução do desconto da contribuição, mas sim ao momento da constituição definitiva do crédito tributário, com o exaurimento da via administrativa.*

*6. Decretada a nulidade do julgamento do recurso em sentido estrito na origem, e atos posteriores, verifica-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, extinguindo-se a punibilidade.*

*5. Habeas Corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para decretar a nulidade do julgamento do recurso em sentido estrito na origem, e atos posteriores, e para, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, extinguir a punibilidade. (HC 257.721/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014).*

**HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE CONTRARRAZÕES. INÉRCIA DO PACIENTE. NULIDADE ABSOLUTA. ORDEM CONCEDIDA.**

***1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a falta de apresentação de contrarrazões ao recurso em sentido estrito por inércia do paciente ou de seu defensor enseja nulidade absoluta, em obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.***

*2. Ordem concedida para que, anulado o acórdão proferido no julgamento do recurso do Ministério Público, seja nomeado defensor público ao paciente, para a apresentação das respectivas contrarrazões. (HC 166.003/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS),*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 15/06/2011).

*HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELO TRIBUNAL A QUO. INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES. AUSÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. ***É imprescindível, para fins de observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que seja a defesa intimada para fins de apresentação de contrarrazões ao recurso em sentido estrito, a fim lhe conferir oportunidade de interferência na formação da convicção pelo Órgão julgador, sob pena de nulidade absoluta.***

3. No caso, nem o advogado constituído nos autos e nem o indiciado foram intimados para apresentação das contrarrazões ao recurso em sentido estrito, o qual, fora provido com a consequente decretação da prisão preventiva do agente.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular o julgamento do recurso em sentido estrito n.

0003575-57.2015.8.26.0368, determinando que outro seja proferido, após prévia intimação do advogado constituído nos autos para apresentação das respectivas contrarrazões, relaxando, de imediato, a prisão preventiva do paciente, eis que derivada de título nulo, devendo ser colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver custodiado.

(HC 353.644/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016)

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA PARA ANTECIPAR OS EFEITOS DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELO TRIBUNAL. DECISÃO JUSTIFICADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSTRUÇÃO CRIMINAL. ATIVIDADE TÍPICA DE MILÍCIA PRIVADA. ROUBOS. TORTURA. VIOLAÇÕES DE DOMICÍLIO. AMEAÇAS. INCÊNDIO. **EXCESSO DE PRAZO PARA O ENVIO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO AO TRIBUNAL.** QUESTÃO NOVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COMPLEXIDADE DO FEITO. DIVERSOS RÉUS. RECOMENDAÇÃO DE CELERIDADE E PRIORIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A Quinta Turma deste STJ, em julgado recente, acolheu orientação no sentido de que não se verifica eventual nulidade na decretação da prisão preventiva por meio de antecipação de tutela recursal pleiteada no bojo de recurso em sentido estrito manejado pelo Ministério Público (HC 309.390/RR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 3/5/2016, DJe 10/5/2016).

2. É admissível a concessão de tutela provisória com feição acautelatória, para adiantar decisão judicial ou conferir efeito suspensivo a recurso que não o tem, diante da natural demora no processamento do recurso em sentido estrito em ação de grande magnitude, que conta com 30 réus, para resguardar a eficácia da decisão de mérito a ser proferida por ocasião do julgamento do mérito do recurso, desde que demonstrado o risco de lesão grave ou de difícil reparação (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*).

3. Comprovada a materialidade dos delitos e apontados indícios suficientes de autoria, a partir da citação de trechos de interceptações telefônicas e depoimentos de testemunhas e vítimas, a prisão preventiva encontra justificativa na necessidade de proteção à ordem pública, em razão da gravidade concreta das condutas praticadas, em atividade típica de milícia privada. Ademais, a segregação antecipada mostra-se necessária por conveniência da instrução criminal, em razão do temor das vítimas e testemunhas em prestarem seus depoimentos.

4. É inviável a análise de questão não apreciada pela Corte de origem e suscitada em petições avulsas após a impetração, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Em causas de certa complexidade, como aquelas que envolvem um elevado número de réus, **é esperada certa delonga na tramitação do recurso em sentido estrito, ante a necessidade de todos apresentarem contrarrazões.** Para evitar alegações de excesso de prazo recomenda-se ao MM. Juiz que dê celeridade e prioridade ao encaminhamento dos autos ao Tribunal, **instando as defesas a apresentarem incontinenti as respostas faltantes ou nomeando advogados dativos ou a Defensoria Pública, em caso de desídia dos advogados constituídos.**

6. Ordem denegada.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 365.399/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017).

Em caso semelhante, a Quinta Turma acolheu a tese de cerceamento de defesa na hipótese de ausência de contrarrazões ao recurso de apelação:

**HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. NULIDADE. APELO MINISTERIAL. AUSÊNCIA DE CONTRARRAZÕES. ÓBITO DE UM DOS PACIENTES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. WRIT PARCIALMENTE PREJUDICADO.**

*1. Há nos autos a notícia do óbito do paciente Jarbas Coelho Lima, razão pela qual julga-se prejudicado o presente habeas corpus quanto a este paciente pela superveniência da perda do seu objeto.*

**FALTA DE DEFESA DO SEGUNDO PACIENTE. ADVOGADO CONSTITUÍDO INTIMADO PARA APRESENTAR CONTRARRAZÕES AO RECURSO MINISTERIAL. INÉRCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA CONSTITUIR UM NOVO PATRONO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL PROVIDA. CONDENAÇÃO PELO DELITO DE PORTE DE ARMA DE FOGO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. OFENSA. PREJUÍZO EVIDENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.**

*1. Em respeito às garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, esta Corte Superior de Justiça tem decidido que "não havendo a defesa do paciente apresentado contra-razões ao recurso interposto pelo Ministério Público, deve o réu ser intimado para constituir novo patrono, ou, no silêncio, nomear-se defensor para apresentar resposta ao apelo, observando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório" (HC nº 29.169/AC, rel. Min. PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, j. em 23-3-2004).*

*2. Constatando-se que o apelo ministerial foi julgado pelo Tribunal de origem desprovido das respectivas contrarrazões defensivas, configura-se o alegado constrangimento ilegal, já que o acusado deveria ter sido intimado para constituir novo causídico de sua confiança. Se verificada nova inércia, deveria a Corte Estadual nomear-lhe um defensor público ou dativo, tratando-se de providência cuja omissão fere os citados primados constitucionais, redundando na ausência de defesa.*

*3. Writ julgado parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, concedida a ordem para anular o julgamento do recurso de Apelação Criminal nº 20090310012732, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, determinando-se que outro seja*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*realizado, restituindo-se o prazo para o oferecimento das contrarrazões, devendo a Corte de origem providenciar a intimação do paciente Leonardo para que constitua novo advogado, sob pena de, não o fazendo, lhe ser nomeado defensor dativo, nos termos do artigo 263 do Código de Processo Penal. (HC 211.190/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 15/02/2012).*

Por fim, não devem prevalecer as conclusões do *Parquet* Federal, tendo em vista que ficou demonstrado o prejuízo concreto ao paciente, uma vez que, levado a julgamento sem a apresentação das contrarrazões defensiva, foi o agravo em execução ministerial provido para reconhecer sua reincidência e, em consequência, foi alterada a fração para progressão de regime prisional.

Sendo assim, deve ser reconhecida a nulidade do julgamento, tanto pela ausência de defesa quanto pelo prejuízo causado ao paciente, devendo ser aplicado o enunciado sumular 523/STF, *in verbis*:

*No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu.*

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. No entanto, **concedo a ordem de ofício** para declarar a nulidade do julgamento do recurso de agravo em execução, devendo ser o paciente intimado para constituir defensor para apresentação das contrarrazões ao recurso ministerial, e, na ausência de indicação pelo paciente, deve o Juiz das Execuções nomear defensor dativo para a prática do ato.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0269222-3

**HC 374.616 / PR**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00072308720158160021 72308720158160021

EM MESA

JULGADO: 28/03/2017

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : FABIANA BIEMBENGUT LIMA DE MOURA  
ADVOGADO : FABIANA BIEMBENGUT LIMA DE MOURA - PR083191  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ  
PACIENTE : KERLEI GAVRONSKI CAVAGLIERI (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

#### **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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.