



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.024 - SP (2013/0165086-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : EDEVALDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : EDEVALDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLÁUDIO MACHADO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADVOGADO CONSTITUÍDO. DILIGÊNCIA NA ATUAÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Não há na impetração a cópia da íntegra da ação penal instaurada contra o paciente, documentação indispensável para que se pudesse verificar se o advogado responsável pela sua defesa teria atuado de forma desidiosa.

2. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, ônus do qual não se desincumbiram os impetrantes.

3. 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.

DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE. MATÉRIA NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM NO ACÓRDÃO COMBATIDO. INCOMPETÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, da aventada ilegalidade na dosimetria da pena do paciente, tendo em vista que tal questão não foi analisada pelo Tribunal impetrado no aresto combatido.

2. *Habeas corpus* não conhecido.

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, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de abril de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.024 - SP (2013/0165086-4)

IMPETRANTE : EDEVALDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : EDEVALDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLÁUDIO MACHADO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CLÁUDIO MACHADO, apontando como autoridade coatora a 10ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a ordem no HC n. 0246906-50.2012.8.26.0000.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso, por duas vezes, no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, e uma vez no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, combinado com o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal.

Inicialmente, a denúncia teria imputado ao paciente a prática de um homicídio consumado e duas tentativas de homicídio, todos qualificados, sendo que, em razão do posterior falecimento de uma das vítimas, o Ministério Público teria aditado a denúncia para acusá-lo do cometimento de dois crimes consumados e um tentado.

Sustenta o impetrante que o paciente seria alvo de constrangimento ilegal, pois teria ficado indefeso em toda instrução processual e, principalmente, perante o Tribunal do Júri, por inércia e inabilidade de seu patrono constituído.

Sustenta que, ao concordar com o aditamento da denúncia, o causídico teria atuado como órgão de acusação, o que teria se refletido de forma impiedosa na dosimetria da pena e na tipificação de hediondez do delito, sugerindo maior periculosidade ou extraordinário grau de perversidade do paciente.

Entende que o defensor deveria seguir a trilha jurídica em que realmente se encaixariam os fatos narrados nos autos, ou seja, da desclassificação para o crime de lesão corporal seguida de morte.

Destaca que não teria sido interposto recurso contra a decisão que inadmitiu o recurso especial, transitando em julgado a condenação sem que se pudesse buscar nesta Corte a reforma da sentença ou determinação para novo júri.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alternativamente, defende a ilegalidade na aplicação da causa de aumento de pena do artigo 70 do Código Penal, por ausência de motivação.

Afirma ser desarrazoado o aumento da pena em 1/3 (um terço) em razão da causa de aumento mencionada, salientando que o paciente seria primário, possuiria bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, bem como o motivo do crime seria altamente discutível.

Destaca que, em razão do cometimento de 3 (três) delitos, a elevação da pena deveria ter se dado em 1/5 (um quinto).

Requer a concessão da ordem para que seja declarada a nulidade da ação penal, ou para que seja revista a dosimetria da pena imposta, aplicando-se a fração de 2/3 em relação ao delito tentado, e de 1/5 quanto à causa de aumento do artigo 70 do Código Penal ou, ainda, seja declarada a nulidade da sentença por ausência de motivação quanto à aplicação desta última.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 47/48.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 56/57), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 102/109, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou, caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.024 - SP (2013/0165086-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a anulação da ação penal instaurada contra o paciente, ou a redução da reprimenda que lhe foi imposta.

Cumpre analisar, preliminarmente, a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional, **hipóteses não ocorrentes na espécie.**

Por outro lado, prevê a alínea "a" do inciso II do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

De se destacar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, quanto à alegada nulidade do processo por falta de defesa, é imperioso destacar que o impetrante deixou de anexar aos autos a íntegra da ação penal em apreço, documentação indispensável para que se pudesse verificar se o advogado responsável pelo patrocínio do acusado teria ou não atuado de forma desidiosa.

Como se sabe, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, ônus do qual não se desincumbiu o patrono do paciente.

E, consoante assinalado alhures, não há na documentação que instrui o *mandamus* em apreço a cópia do processo criminal em apreço, motivo pelo qual é inviável o reconhecimento eiva suscitada na impetração.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTS. 288 E 332, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, E ART. 92, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 8.666/93. TESE DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. ACERTO DA DECISÃO.

1. O rito da ação constitucional do habeas corpus demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade aduzida, descabendo conhecer de impetração instruída deficitariamente, em que não tenha sido juntada peça essencial para o deslinde da controvérsia, de modo a inviabilizar a adequada análise do pedido. Precedentes.

2. Na hipótese, embora tenha o Impetrante arguido a inépcia da inicial, não fez prova do alegado, pois não colacionou aos autos sequer a cópia da inicial acusatória. Ademais, as cópias juntadas aos autos não faziam qualquer referência à ação penal em comento ou mesmo à Paciente. Ressalte-se que a Paciente está assistida por advogado constituído, o qual deveria ter providenciado a instrução adequada do writ.

3. Recurso desprovido.

(RHC 26.541/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. (...)

I - O habeas corpus, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas já que o seu procedimento não admite dilação probatória (Precedentes). In casu, não há qualquer documento que comprove que os maus antecedentes levados em consideração pelo órgão julgador para fixar a pena-base acima do mínimo legal seriam de fato inquéritos ou processos em andamento, razão pela qual deve ser preservada, neste ponto, a r. sentença condenatória.

(...)

Ordem denegada.

(HC 160.286/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 09/08/2010)

Ainda que assim não fosse, 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 ser apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, tratando-se, pois, de nulidade relativa.

Tal entendimento, a propósito, encontra-se resumido no enunciado n. 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.

Assim, inúmeros julgados, sem indagar a respeito do prejuízo, reconhecem a nulidade absoluta em casos como: inépcia da denúncia ou queixa (STJ, HC 66.195-RJ, j. 26.08.2008); ausência ou irregularidade de citação, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanadas pelo comparecimento do réu (TACrimSP, JTACrim 28/31, 44/75, 52/272 e 65/349; RT 489/380, STJ, HC 91.210-PR, j. 21.02.2008); colidência de defesas (RT 217/78, 302/447 e 357/375; RTJ 32/49 e 42/804, STF, HC 91.946-4-RJ, j. 11.12.2007); falta ou inépcia de alegações finais (RT 511/230; JTACrim 71/295); falta ou inépcia das razões de recurso (TACrimSP, Ap. 264491, in O processo constitucional em marcha).

(...)

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 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).

No caso dos autos, consoante informado pelo magistrado de primeiro grau, o acusado, durante toda a marcha processual, foi assistido de forma efetiva e não meramente formal por profissional da advocacia, que arrolou testemunhas, apresentou arrazoadado e sustentou tese plausível diante do contexto fático-probatório formado no decorrer da instrução criminal, qual seja, a desclassificação dos crimes dolosos para culposos (e-STJ fl. 76).

Ademais, a simples não interposição de recurso contra a decisão que não admitiu o recurso especial do acusado não é suficiente para caracterizar cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que vige no sistema recursal do processo penal pátrio o princípio da voluntariedade dos recursos, pelo qual a defesa não é obrigada a se insurgir contra a decisão desfavorável ao réu.

Sobre o tema, é uníssono o entendimento neste egrégio Superior Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR DEFICIÊNCIA TÉCNICA PELA NÃO-OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E AUSÊNCIA DE NOTAS TAQUIGRÁFICAS NA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. ORDEM DENEGADA.

1. O fato de o advogado não ter oposto embargos de declaração não implica ausência de defesa, pois, se a própria interposição do recurso voluntário representa faculdade relacionada a um juízo discricionário seu, não há por que lhe condicionar o conteúdo, máxime tratando-se de instrumento impróprio para a inovação de teses ainda não enfrentadas pelo juízo.

2. Não se verifica deficiência na defesa técnica quando há defensor constituído, que corretamente representa o réu durante toda a fase de instrução (Súmula 523 do STF).

(...)

4. Ordem denegada.

(HC 102.307/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 03/11/2008)

RHC. ROUBO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. RÉUS INTIMADOS DA SENTENÇA, ASSIM COMO SEU DEFENSOR – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO PRAZO RECURSAL – IMPOSSIBILIDADE – DEFESA TÉCNICA SATISFATÓRIA-AUSÊNCIA DE RECURSO QUE NÃO EQUIVALE A AUSÊNCIA DE DEFESA – VOLUNTARIEDADE DO RECURSO . RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

A ausência de recurso não constitui falta de defesa, posto que o recurso é voluntário, podendo ou não os réus ou o seu defensor interpô-lo.

(...)

Negado provimento ao recurso.

(RHC 21.148/SC, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJ 05/11/2007 p. 287)

Na mesma esteira são os precedentes do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RÉUS E DEFENSOR CONSTITUÍDO REGULARMENTE INTIMADOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. NECESSIDADE DO MANDADO DE INTIMAÇÃO DE SENTENÇA SER ACOMPANHADO DE TERMO DE APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. Os réus e o defensor constituído foram regularmente intimados da sentença penal condenatória. 2. A não interposição de apelação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não equivale à ausência de defesa, porquanto o defensor constituído ofereceu embargos de declaração à sentença penal condenatória em tempo hábil. Ausência de recurso que se situa no âmbito da estratégia de defesa delineada pelo defensor constituído, dada a voluntariedade recursal. 3. Não há qualquer dispositivo legal que determine a necessidade de o mandado de intimação de sentença condenatória ser acompanhado de um termo de apelação. Ausência de constrangimento ilegal. 4. Negado provimento ao writ.

(HC 93120, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 08/04/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-03 PP-00604)

EMENTA: - "Habeas corpus". Não-ocorrência de ausência ou de deficiência de defesa. - Inexistência, no caso, de ausência de defesa, uma vez que ela foi produzida, não se tendo provado que, por deficiência dela em face das circunstâncias, tenha sido o ora paciente prejudicado (súmula 523), - A jurisprudência desta Corte, de há muito e reiteradamente, tem entendido (a título de exemplo, no RE criminal 89.965, RHC's 59.765, 59.888, 61.716, 66.032, HC's 58.696 e 70.725) que a Defensoria Pública, devidamente intimada, não tem o dever de recorrer, dada a regra da voluntariedade do recurso. "Habeas corpus" indeferido.

(HC 82053, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 20/08/2002, DJ 13-09-2002 PP-00083 EMENT VOL-02082-02 PP-00296)

Quanto ao ponto, vale destacar que os recursos de natureza extraordinária possuem requisitos de admissibilidade específicos, e a viabilidade de sua interposição deve ser avaliada por profissional da advocacia, em consonância com o princípio da voluntariedade que rege a sistemática recursal no direito processual penal pátrio, sendo certo que a não utilização de tais vias de impugnação, por si só, não fere a garantia à ampla defesa.

Por conseguinte, não se pode qualificar como defeituoso o trabalho realizado pelo patrono 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.

Como se sabe, o conhecimento e a experiência agregados por cada profissional, em qualquer ofício, são critérios que levam, muitas vezes, à execução de trabalhos distintos sobre uma mesma base fática, como não raro ocorre, por exemplo, em diagnósticos diversos dados a um mesmo sintoma por dois ou mais médicos. Trata-se, na verdade, da avaliação subjetiva do profissional, diante de um caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto, das medidas que entende devidas para alcançar um fim almejado.

O ofício do advogado, entretanto, se consubstancia em obrigação de meio, não lhe sendo exigível qualquer resultado específico sobre a sua atuação em juízo, senão a diligência na prestação do serviço e o emprego dos recursos que lhe estiverem disponíveis em busca do êxito almejado.

Assim, embora aos olhos do impetrante a atuação do defensor nomeado não seja digna de elogios, da leitura das peças que foram acostadas aos autos não se constata qualquer desídia ou impropriedade capaz de influenciar na garantia à ampla defesa do acusado.

Com efeito, o mencionado profissional atuou de forma diligente durante a audiência de instrução e julgamento, participando da oitiva da testemunha de defesa e oferecendo alegações finais orais, não se podendo ignorar todo o trabalho por ele realizado pelo só fato de o novo advogado constituído entender que deveria ter formulado perguntas distintas à testemunha, bem como requerido a produção de outras provas.

Entretanto, 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 alhures, depende da demonstração do prejuízo para o acusado, não verificado na hipótese.

A título de ilustração, citam-se os seguintes precedentes:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO, FURTO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE ABSOLUTA. INOCORRÊNCIA. DEFENSOR QUE ATUA DE MANEIRA DILIGENTE, APRESENTANDO DEFESA PRÉVIA, OFERECENDO ALEGAÇÕES FINAIS E INTERPONDO APELAÇÃO.

1. Segundo a 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.

2. No caso, não se pode acolher a alegação de ausência de defesa quando os patronos atuaram de forma diligente em todas as fases do processo, apresentando defesa prévia, oferecendo alegações finais, nas qual pleiteava a impronúncia (mesmo se tratando de réu confesso) e interpondo tempestivamente recurso de apelação.

3. Recurso a que se nega provimento.

(RHC 18.756/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 03/11/2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 180, CAPUT, E ART. 155, § 4º, INCISO IV, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE. DESPACHO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL, AO ARGUMENTO DE EVENTUAL COLIDÊNCIA DE DEFESAS. NULIDADE RELATIVA. RÉUS DEFENDIDOS PELO MESMO ADVOGADO. DEFICIÊNCIA DE DEFESA NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 523/STF.

(...)

III - A teor do disposto na 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." IV - Inocorrentes, na espécie, as hipóteses delineadas no enunciado editado pelo Pretório Excelso. Os pacientes, durante todo o feito, estiveram assistidos por advogado por eles nomeado, que compareceu ao seus interrogatórios, apresentou defesa prévia, acompanhou o desenrolar de toda a instrução probatória e, por fim, apresentou as alegações finais.

V - Revela-se apta a peça atinente às alegações finais que apresenta tese defensiva coerente com as provas produzidas nos autos - no caso, ausência de provas - que contrariou devidamente a acusação e, ao final, pugnou pela absolvição dos réus.

VI - Ademais, a ocorrência de condenação não demonstra, por si, a relação causal exigida no verbete da Súmula nº 523/STF.

VII - Qualquer entendimento contrário, no sentido de se verificar a relação causal entre a atuação da defesa e a condenação, demandaria, necessariamente, no caso concreto, aprofundado exame do material cognitivo, o que se mostra inviável nesta estreita via.

Ordem denegada.

(HC 106.253/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 09/03/2009)

No mesmo sentido são os julgados do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Habeas corpus. Processual penal. Improcedência da alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo. Prejuízo não demonstrado pelos impetrantes. Incidência da Súmula nº 523 do STF. Precedentes da Corte. 1. A alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo não encontra respaldo nos autos, uma vez que os impetrantes não lograram demonstrar eventual prejuízo causado ao paciente de modo a justificar a concessão da ordem. 2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a nulidade por deficiência na defesa do réu só deverá ser declarada se comprovado o efetivo prejuízo. Esse entendimento está, ainda, preconizado na Súmula nº 523/STF, que assim dispõe: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

réu". 3. Habeas corpus denegado.

(HC 97413, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 24/11/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-05 PP-00723 RT v. 99, n. 894, 2010, p. 479-483)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRIPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. TESES COLIDENTES. INEXISTÊNCIA. (...) ORDEM DENEGADA. 1. A Defensora Pública desempenhou com desenvoltura a defesa técnica do acusado, sustentando a tese de negativa de autoria (mesma linha adotada na autodefesa do réu). O pedido alternativo de reconhecimento da carência de provas para a condenação se deu em perfeita sintonia com os elementos empíricos do feito. A demonstrar muito mais o zelo profissional da Defensora em juízo do que propriamente uma atuação prejudicial aos direitos assegurados ao réu. Nem prejuízo nem falta de defesa foram demonstrados, a atrair a Súmula 523 do STF. (...) 4. Habeas corpus indeferido.

(HC 89467, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 08/04/2008, DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 EMENT VOL-02330-02 PP-00371 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 371-380)

Por fim, inviável o exame da alegada ilegalidade da pena imposta ao paciente, pois tal questão não foi objeto de exame pela autoridade apontada como coatora no aresto objurgado, o que impede a apreciação do tema diretamente por este Superior Tribunal, dada sua incompetência para tanto e sob pena de indevida supressão de instância, consoante reiterados julgados desse Sodalício.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...) DOSIMETRIA DA PENA E USO DE VEÍCULO APREENDIDO. TESES NÃO EXAMINADAS PELO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NO MAIS, NÃO CONHECIDA. (...)

3. As questões atinentes à dosimetria da pena e à concessão de uso dos veículos apreendidos não foram examinadas pelo acórdão combatido, o que impede o pronunciamento desta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Ademais, com a posterior prolação de acórdão nos autos de apelação criminal, que inclusive reduziu de ofício as reprimendas dos Pacientes, o assunto deverá ser debatido por meio da interposição dos recursos cabíveis, em tempo oportuno.

(...)

7. Ordem de habeas corpus parcialmente prejudicada e, no mais, não conhecida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 235.876/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 03/04/2014)

HABEAS CORPUS. (...) PENA. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. MATÉRIA NÃO SUSCITADA E NEM DECIDIDA NA ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

3. Sob pena de indevida supressão de instância, não merece conhecimento o alegado bis in idem na dosimetria da pena (crime de tráfico) se a questão não foi suscitada e, por isso mesmo, não decidida na origem.

4. Ausência de flagrante ilegalidade, apta a fazer relevar a impropriedade da via eleita.

5. Writ não conhecido.

(HC 221.884/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2013, DJe 05/11/2013)

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0165086-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 271.024 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0246906502012826000 092007 20130000108349 246906502012826000 92007

EM MESA

JULGADO: 24/04/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDEVALDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : EDEVALDO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLÁUDIO MACHADO (PRESO)

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

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 Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.