



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 144.299 - PR (2009/0154290-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : GABRIEL BERTIN DE ALMEIDA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : CHAFIC ESPER KALLAS NETO

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI 8.137/1990, COMBINADO COM O ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL). APONTADA FALTA DE DEFESA. NÃO VEICULAÇÃO DE TESE DE AUTODEFESA NAS RAZÕES DAS PEÇAS APRESENTADAS PELO ADVOGADO CONTRATADO PELO PACIENTE. NÃO APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. DISPENSABILIDADE DA RESPOSTA PRELIMINAR. ADVOGADO DEVIDAMENTE INTIMADO PARA OFERECER A MENCIONADA PEÇA PROCESSUAL. EXISTÊNCIA DE DEBATE ACERCA DO QUE SUSTENTADO PELO ACUSADO EM SEU INTERROGATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO EM TESE SUPOSTADO PELO RÉU. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Nos termos do enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, "*no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*".

2. O caso dos autos não pode ser enquadrado como hipótese de falta de defesa, pois, consoante as várias peças processuais acostadas ao *mandamus*, o paciente se viu assistido por causídico por ele contratado para patrocinar a sua defesa durante todo o curso do processo.

3. A simples não apresentação de defesa prévia não é suficiente para se que possa considerar o paciente indefeso, pois o que gera nulidade é a falta de intimação para o oferecimento da referida peça processual, cuja presença nos autos não é essencial, consoante tem decidido esta Corte Superior de Justiça.

4. Ademais, em momento algum o impetrante logrou demonstrar em que medida a prova testemunhal, que deixou de ser pleiteada em sede de defesa prévia, seria relevante para comprovar as alegações defensivas, o que reforça a inexistência de nulidade pelo fato de a referida peça não haver sido apresentada pelo patrono do réu.

5. Por outro lado, ao contrário do que sustentado na inicial do *writ*, o causídico contratado pelo paciente tratou, sim, da tese por ele sustentada em seu interrogatório, referente à origem dos valores que teriam circulado em sua conta-corrente, matéria que também foi examinada e enfrentada pelo magistrado singular, que consignou que a versão apresentada pelo acusado não encontraria amparo no conjunto probatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ordem denegada.

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, denegar a ordem.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de abril de 2013. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 144.299 - PR (2009/0154290-6) (f)

IMPETRANTE : GABRIEL BERTIN DE ALMEIDA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
PACIENTE : CHAFIC ESPER KALLAS NETO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de CHAFIC ESPER KALLAS NETO, apontando como autoridade coatora a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que deu parcial provimento ao recurso da defesa para reduzir a pena imposta ao paciente para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela suposta prática do delito previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, na forma do artigo 71 do Código Penal.

Sustenta o impetrante que o paciente seria vítima de constrangimento ilegal, uma vez que não teria sido adequadamente defendido, já que seu advogado não esteve presente na audiência de inquirição da única testemunha existente, não houve o debate da tese de autodefesa na sentença e no acórdão que a confirmou parcialmente, bem como não foi apresentada resposta prévia pelo patrono constituído.

Informa que o causídico contratado pelo paciente teria comunicado em tempo hábil ao Juízo de origem a impossibilidade de comparecer à audiência de instrução, e que o togado mesmo assim deu continuidade ao ato, nomeando defensor dativo ao acusado.

Noticia que o patrono do paciente não teria veiculado nas razões das peças por ele apresentadas a tese de autodefesa, consistente na origem dos valores que circularam pela conta-corrente do acusado, o que lhe teria causado prejuízos, já que teria sido privado da assessoria técnica indispensável para explicar seus argumentos em termos juridicamente adequados.

Argumenta, outrossim, que a apresentação de defesa prévia pelo advogado do paciente seria essencial no caso dos autos, tendo a sua falta ensejado a ausência de produção de prova testemunhal para comprovar a principal tese de mérito.

Defende, ainda, a ilegalidade da dosimetria da reprimenda imposta ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente por ocasião do julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa, pois os seus maus antecedentes teriam sido utilizados para agravar a circunstância judicial da personalidade, o que não teria sido reconhecido pelo magistrado singular, e porque o valor dos tributos sonegados não seria elemento hábil a justificar a elevação da sanção básica em função das consequências do crime, já que a lesão ao erário seria elementar do tipo previsto no artigo 1º da Lei 8.137/1990.

Aduz, alfim, a ilegalidade na fixação da pena de multa e da pena pecuniária, que deveriam ter sido proporcionalmente reduzidas, na medida em que foi diminuída a reprimenda privativa de liberdade.

Requer a concessão da ordem a fim de que seja reconhecida a nulidade do feito por falta de defesa, reiniciando-se a instrução criminal ou, subsidiariamente, para que sejam diminuídas as penas impostas ao paciente.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fl. 1042.

Prestadas as informações (fls. 1053, 1086/1087 e 1104), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 1106/1112, manifestou-se pela denegação da ordem.

Em 13.9.2011, esta colenda Quinta Turma conheceu parcialmente do *habeas corpus* e, nessa extensão, concedeu parcialmente a ordem para reduzir a pena privativa de liberdade e a sanção pecuniária impostas ao paciente para 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicialmente aberto, além do pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, mantendo-se, no mais, as conclusões do acórdão objurgado.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, tendo a Segunda Turma daquele Sodalício concedido parcialmente a ordem "*apenas para determinar que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça conheça do Habeas Corpus n. 144.299 na parte relativa à alegação de cerceamento do direito de defesa em razão da suposta 'inexistência de debate da tese de autodefesa do acusado quanto à origem dos valores que circularam por sua conta-corrente (principal*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tese de defesa)' e 'falta de apresentação de defesa prévia e, conseqüentemente, da indispensável produção de prova testemunhal pelo advogado constituído' e *examine a matéria*" (fl. 1152).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 144.299 - PR (2009/0154290-6) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme afirmado quando do exame inicial deste *habeas corpus*, o paciente foi denunciado pela suposta prática de crime contra a ordem tributária, extraíndo-se do aditamento à peça acusatória os seguintes trechos:

"Consta do Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal lavrado pela Delegacia da Receita Federal em Londrina/PR (fls. 95/112 do Procedimento), que o denunciado deixou de recolher Imposto de Renda de Pessoa Física referente aos anos-calendários de 1997 a 2000, exercícios de 1998 a 2001, por omitir reiteradamente rendimentos tributáveis em sua declaração de imposto de renda, a fim de suprimir a tributação de tal imposto, totalizando R\$ 158.828,12 (cento e cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e oito reais e doze centavos) na data de 15 de outubro de 2003, conforme auto de infração de fls. 123/130.

Atualmente a dívida do denunciado com a Receita Federal permanece acrescida de multa e juros, sendo que até o presente momento não foi efetuado nenhum acordo, nem sequer houve manifestação do denunciado para quitação do referido débito, estando o débito inscrito em Dívida Ativa da União (fl. 137 do Procedimento).

Deste modo, ao deixar de declarar acréscimos patrimoniais de modo reiterado, visando o não pagamento de imposto sobre a renda de referidos anos, praticou crime contra a Ordem Tributária, capitulado no artigo 1º, inciso I, da Lei n.º 8.137/90, c/c artigo 71 (crime continuado) do Código Penal." (fls. 34/35).

Após a instrução processual, sobreveio sentença na qual o paciente restou condenado à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos, além do pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa, sendo o valor da cada dia-multa fixado em 1 (um) salário mínimo vigente ao tempo do fato, pela prática do crime disposto no artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, na forma do artigo 71 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Irresignada, a defesa apelou, tendo a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região dado parcial provimento ao recurso da defesa para reduzir a pena imposta ao paciente, em acórdão que restou assim resumido:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 1º DA LEI Nº 8.137/90. AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PROVA ILÍCITA. INOCORRÊNCIA. QUESTÃO PREJUDICIAL FACULTATIVA. SUSPENSÃO DO FEITO CRIMINAL A CRITÉRIO DO MAGISTRADO DA CAUSA. JULGAMENTO IMEDIATO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DO TRIBUTO DISCUTIDO. PRISÃO POR DÍVIDA. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO DE APRESENTAÇÃO, À ÉPOCA PRÓPRIA, DE DECLARAÇÕES DE RENDIMENTOS. CRÉDITO APURADO REFERENTE À PARCELA DO PERÍODO OMISSO. VÍCIO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO LANÇAMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.137/90. NÃO-CABIMENTO.

1. A nomeação de defensor dativo para a audiência de oitiva da testemunha da acusação, ante a falta de comparecimento - ainda que motivada - do defensor constituído ao ato instrutório, não implica nulidade processual, quando, além de não demonstrada a ocorrência de efetivo prejuízo, a condenação é calcada em diversos outros elementos de prova colhidos na instrução criminal.

2. É de se ter por elidida eventual ilicitude decorrente de quebra de sigilo bancário sem autorização judicial que pudesse afetar a prova fornecida diretamente por instituição financeira à Receita Federal, porquanto o próprio denunciado tenha prestado tais informações, no âmbito administrativo e antes do encerramento do procedimento administrativo fiscal, à autoridade fazendária.

3. A existência de discussão sobre a existência e a exigibilidade dos tributos em tese sonegados é hipótese de questão prejudicial facultativa, do art. 93 do CPP, a determinar a suspensão do feito criminal apenas ao critério do magistrado da causa, que poderá conhecer e incidentalmente resolver a discussão dentro dos próprios autos criminais.

4. Sempre poderá o réu pagar o tributo discutido e assim obter o favor legal da extinção da punibilidade criminal, pleiteando após a eventual restituição ou compensação de diferenças.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Improcede a alegação de inconstitucionalidade da prisão por dívida, pois a punição, no caso, não decorre da dívida fiscal, mas do não-atendimento de uma obrigação legal, conduta à qual é cominada sanção criminal, prevista em tipo penal específico. Aplicação, por analogia, da Súmula n.º 65 deste Tribunal.

6. A condenação por delito de sonegação fiscal, dada a natureza material do crime, deve limitar-se às competências em que efetivamente apurado crédito fiscal suprimido ou reduzido, ainda que o acusado tenha sido omissivo quanto à apresentação de declarações de ajuste de imposto de renda pertinentes a período mais amplo.

7. A existência de eventual vício na constituição do crédito tributário não comporta discussão no âmbito da ação penal, devendo ser apurada em ação própria, perante o juízo cível competente, sobretudo em razão da presunção de legitimidade que se confere ao ato administrativo de lançamento.

8. A conduta realizada de omitir indicadores de renda insere-se na tipificada supressão ou redução de tributos, do art. 1º da Lei nº 8.137/90, pois no art. 2º a conduta é formal, onde o agente presta a declaração com a 'finalidade de se eximir do pagamento dos tributos'.

9. Apontando a denúncia a ocorrência de um crime de resultado (natureza do delito previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90), a desclassificação para o delito do art. 2º (crime formal) mostra-se descabida." (fl. 824).

Ainda inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante esta Corte Superior de Justiça, tendo-se conhecido parcialmente do *mandamus* e, nessa extensão, concedido parcialmente a ordem em aresto que recebeu a ementa abaixo reproduzida:

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI 8.137/1990, COMBINADO COM O ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL). APONTADA FALTA DE DEFESA. NÃO VEICULAÇÃO DE TESE DE AUTODEFESA NAS RAZÕES DAS PEÇAS APRESENTADAS PELO ADVOGADO CONTRATADO PELO PACIENTE. NÃO APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM. TEMAS NÃO SUSCITADOS PELA DEFESA DURANTE O CURSO DA AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Da análise dos autos, verifica-se que o acórdão que deu parcial provimento ao apelo do paciente não fez qualquer menção à alegada nulidade do processo pelo fato de o seu advogado não haver veiculado nas razões das peças que apresentou a tese de autodefesa do acusado, e porque não teria ofertado resposta prévia em seu favor, até mesmo porque em momento algum do processo criminal em comento a defesa suscitou os mencionados temas, tendo sustentado, apenas e tão somente, mácula no feito porque o magistrado singular realizou audiência para inquirição de testemunha sem a presença do causídico contratado pelo réu.

3. Tais matérias deveriam ter sido, por óbvio, arguidas no momento oportuno e perante o juízo competente, no seio do indispensável contraditório, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração, no ponto, por este Sodalício, sob pena de configurar-se a indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

ALEGADA AUSÊNCIA DE DEFESA DO PACIENTE EM RAZÃO DO NÃO COMPARECIMENTO DE SEU DEFENSOR À AUDIÊNCIA EM QUE OUVIDA A ÚNICA TESTEMUNHA DO PROCESSO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO PARA O ATO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO EM TESE SUPOSTADO PELO ACUSADO. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA.

1. Nos termos do enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, 'no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu'.

2. O caso dos autos não pode ser enquadrado como hipótese de falta de defesa, pois, consoante as várias peças processuais acostadas ao mandamus, o paciente viu-se assistido por causídico por ele contratado para patrocinar a sua defesa durante todo o curso do processo.

3. No caso dos autos, embora previamente intimado da data agendada para inquirição de testemunha, o advogado do paciente somente requereu o adiamento da audiência no início da tarde do dia em que ela seria realizada, motivo pelo qual o Juízo de origem indeferiu o pleito defensivo, ressaltando, outrossim, que a auditora fiscal a ser ouvida não poderia ser reinquirida a não ser no ano seguinte, o que prejudicaria o curso do feito.

4. A simples ausência do patrono do paciente à audiência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de instrução não caracteriza falta de defesa, uma vez que o acusado foi devidamente assistido durante o ato por advogado dativo que atuou ativamente em seu favor, inclusive questionando a testemunha ouvida na ocasião.

5. Ademais, constata-se que o impetrante deixou de demonstrar qual teria sido o prejuízo resultante da atuação do defensor dativo no ato de inquirição da testemunha, cingindo-se a afirmar, num juízo de mera especulação, que a condenação do paciente teria decorrido da ausência do advogado por ele contratado na audiência.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SOPESAMENTO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA COMO PERSONALIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEVADO PREJUÍZO CAUSADO AO ERÁRIO. FUNDAMENTO CONCRETO E IDÔNEO.

1. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração como personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. O prejuízo que excede o resultado normal do ilícito em tese praticado pelo agente pode servir para autorizar a elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, pois não se pode dizer que seja inerente ao tipo, motivo pelo qual não se mostra desarrazoada a elevação da reprimenda básica do agente em decorrência das consequências do crime contra a ordem tributária supostamente por ele praticado, que causou danos ao erário em valor que já alcançava R\$ 371.223,40 (trezentos e setenta e um mil, duzentos e vinte e três reais e quarenta centavos) ao tempo que em julgado o recurso de apelação interposto pela defesa.

PENA DE MULTA. CRITÉRIO BIFÁSICO. FIXAÇÃO DA QUANTIDADE DE DIAS-MULTA. DIRETRIZES DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE REDUÇÃO DOS DIAS-MULTA ANTE A DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE IMPOSTA AO PACIENTE. VALOR DO DIA-MULTA. SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. EXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA A JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DO MONTANTE. SANÇÃO PARCIALMENTE REDIMENSIONADA.

1. É entendimento desta Corte de Justiça que 'a pena de multa deve ser fixada em duas fases. Na primeira, fixa-se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

número de dias-multa, considerando-se as circunstâncias judiciais (art. 59, do CP). Na segunda, determina-se o valor de cada dia-multa, levando-se em conta a situação econômica do réu' (HC 132.351/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2009, DJe 05/10/2009).

2. Na hipótese dos autos, diante da inidoneidade de uma das circunstâncias judiciais consideradas pelas instâncias de origem para elevar a reprimenda base imposta ao paciente, restando-lhe desfavoráveis apenas as circunstâncias do crime, mostra-se desproporcional a manutenção da pena de multa na quantidade em que inicialmente fixada, motivo pelo qual deve ser ela redimensionada.

3. No que tange à segunda fase da individualização da pena pecuniária, observa-se que o Tribunal Regional Federal, apontando elementos concretos que justificam a não aplicação do mínimo legalmente previsto, arbitrou em 1 (um) salário mínimo o valor de cada dia-multa estabelecido, razão pela qual não se constata qualquer constrangimento ilegal a ser reparado no caso concreto.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INDIGITADA DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A REPRIMENDA CORPORAL E A PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA IMPOSTA AO PACIENTE. OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS PREVISTOS NO § 1º DO ARTIGO 45 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Nos termos do § 1º do artigo 45 do Código Penal, a finalidade da prestação pecuniária é reparar o dano causado pela infração penal, motivo pelo qual não precisa guardar correspondência ou ser proporcional à pena privativa de liberdade irrogada ao acusado.

2. Inexiste ilegalidade na imposição de prestação pecuniária ao paciente no valor de 1 (um) salário mínimo mensal em favor de entidade social a ser designada pelo Juízo da Execução, notadamente se for levado em consideração o valor do prejuízo causado pela conduta atribuída ao paciente.

3. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida parcialmente a ordem apenas para reduzir o valor da pena privativa de liberdade e da sanção pecuniária impostas ao paciente para 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicialmente aberto, além do pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, mantendo-se, no mais, as conclusões do acórdão oburgado." (e-STJ fls. 1142/1145).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contra tal julgado foi impetrado *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, que concedeu parcialmente a ordem "*apenas para determinar que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça conheça do Habeas Corpus n. 144.299 na parte relativa à alegação de cerceamento do direito de defesa em razão da suposta 'inexistência de debate da tese de autodefesa do acusado quanto à origem dos valores que circularam por sua conta-corrente (principal tese de defesa)' e 'falta de apresentação de defesa prévia e, consequentemente, da indispensável produção de prova testemunhal pelo advogado constituído' e examine a matéria*" (fl. 1152).

Assim, em cumprimento ao que decidido pelo Excelso Pretório, passa-se ao exame do mérito do *writ* no tocante aos temas que não foram conhecidos no primeiro julgamento.

E de tudo quanto consta dos autos, tem-se que a impetração não merece acolhida no que diz respeito à aventada falta de defesa do paciente em razão da não apresentação de resposta preliminar, e em face da inexistência de debate da tese de autodefesa quanto à origem dos valores que teriam circulado em sua conta-corrente.

Nos termos do enunciado 563 da Suprema Corte, "*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*".

Acerca da nulidade por falta de defesa, é essa 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, I, 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).

O caso dos autos não pode ser enquadrado como hipótese de falta de defesa, pois consoante as várias peças processuais acostadas ao *mandamus*, o paciente viu-se assistido por causídico por ele contratado para patrocinar a sua defesa durante todo o curso do processo.

Quanto ao ponto, é imperioso destacar que a simples não apresentação de defesa prévia não é suficiente para se que possa considerar o paciente indefeso.

Com efeito, o que gera nulidade é a falta de intimação para o oferecimento da referida peça processual, cuja presença nos autos não é essencial, consoante tem decidido esta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. (...) INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. (...) HABEAS CORPUS DENEGADO.

(...)

2. Não há cerceamento de defesa pela ausência de apresentação de defesa prévia, peça facultativa, quando o defensor constituído do acusado é intimado para sua apresentação e deixa espontaneamente de fazê-lo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

4. *Ordem de habeas corpus denegada.*

(HC 242.946/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 14/09/2012)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR. PRESENÇA NO INTERROGATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PRECEDENTES.

1. *A intimação pessoal para apresentação de defesa prévia é dispensada se o defensor teve ciência de que deveria praticar tal ato durante o interrogatório do réu. Trata-se de peça facultativa, cuja ausência não é causa de nulidade do processo penal, ainda mais quando não comprovado o efetivo prejuízo.*

2. *Ordem denegada.*

(HC146.616/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 11/10/2012)

Ademais, em momento algum o impetrante logrou demonstrar em que medida a prova testemunhal, que deixou de ser pleiteada em sede de defesa prévia, seria relevante para comprovar as alegações do paciente, o que reforça a inexistência de nulidade pelo fato de a referida peça não haver sido apresentada pelo patrono do réu.

Por outro lado, ao contrário do que sustentado na inicial do *writ*, o causídico contratado pelo paciente tratou, sim, da tese por ele sustentada em seu interrogatório, referente à origem dos valores que teriam circulado em sua conta-corrente, conforme se pode observar do item 7 das alegações finais por ele ofertadas (fls. 657/659).

E ainda que assim não fosse, constata-se que o magistrado singular examinou e enfrentou a matéria ventilada pelo paciente em seu interrogatório, consignando que a versão do acusado não mereceria credibilidade, pois tanto ele quanto o seu defensor não teriam anexado aos autos "*qualquer prova (testemunhal ou documental) comprovando que, efetivamente, a movimentação bancária descortinada pelo Fisco era fruto de depósitos de pacientes para aquisição de próteses de silicone, eventos promovidos através do Moto Clube de Londrina e de eventuais empréstimos*" (fl. 670), o que foi confirmado pela autoridade apontada como coatora (fls. 816-verso/819).

Desta forma, mesmo que o advogado do paciente não tivesse abordado a tese defensiva por ele sustentada em seu interrogatório, o certo é que tal matéria não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

passou despercebida pelos julgadores originários, que a apreciaram com profundidade, o que reforça que restou condenado em um processo no qual foram integralmente observados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Por conseguinte, ausente a comprovação do prejuízo suportado pelo acusado em razão da conduta do advogado por ele contratado para exercer a sua defesa em juízo, é inviável o reconhecimento das nulidades apontadas, consoante a jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, *verbis*:

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)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

358, 2008, p. 371-380)

Ante o exposto, **denega-se** a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0154290-6

HC 144.299 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200470010064500

EM MESA

JULGADO: 23/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GABRIEL BERTIN DE ALMEIDA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : CHAFIC ESPER KALLAS NETO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.