



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.935 - SP (2013/0276872-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : FABIO HENRIQUE RIBEIRO LEITE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO BATISTA DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE. NULIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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 ausência de interposição de recursos contra o acórdão condenatório pelo advogado constituído e pelo réu, devidamente intimados, não implica ausência de defesa técnica por vigorar no sistema recursal o princípio da voluntariedade,.
3. De acordo com art. 44, incisos II, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos em se tratando de réu reincidente em crime doloso.
4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.935 - SP (2013/0276872-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : FABIO HENRIQUE RIBEIRO LEITE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO BATISTA DOS SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOÃO BATISTA DOS SANTOS, indicando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0075926-95.2004.0050).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 14 da Lei n. 10.826/2003 e 16 da Lei n. 6.368/1976, respectivamente, às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, e 7 (sete) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem lhe deu provimento para julgar extinta a punibilidade do réu quanto ao delito descrito no artigo 16 da Lei n. 6.368/1976, mantendo, no mais, o édito condenatório de primeiro grau (e-STJ fls. 185/195).

Foi a defesa devidamente intimada quanto ao acórdão, ocorrendo o trânsito em julgado para a defesa em 28/3/2013 (e-STJ fl. 245).

Daí o presente *mandamus*, no qual a defesa alega estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, pois a advogada constituída nos autos à época da prolação do acórdão impugnado não interpôs os competentes recursos especial e/ou extraordinário, tendo solicitado ao Tribunal de origem que intimasse pessoalmente o réu para que este manifestasse o desejo em recorrer, o que ocorreu em 3/12/2012, tendo, contudo, o paciente mantido-se inerte diante do desconhecimento das consequências legais de sua inércia.

Aduz que deve ser determinada a revogação da prisão do paciente ou que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lhe seja deferida prisão domiciliar, já que a custódia antes do trânsito em julgado da condenação viola o princípio do estado de não culpabilidade.

Pondera ser necessária a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente, a expedição de contra-mandado de prisão em favor do paciente. No mérito, pleiteia a nulidade da certidão de trânsito em julgado da condenação, determinando-se a reabertura dos prazos para interposição de recursos especial e/ou extraordinário.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 234/235.

Informações prestadas às e-STJ fls. 245/246 e 250/257.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 261/266).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.935 - SP (2013/0276872-0)

VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do 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.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. 'MODUS OPERANDI'. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

A defesa objetiva a nulidade da certidão de trânsito em julgado da condenação com a consequente reabertura do prazo para interposição de recursos especial e/ou extraordinário, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Conforme as informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

São Paulo (e-STJ fls. 245/246 e 250/257), o paciente encontrava-se assistido à época do julgamento do recurso de apelação por advogada constituída, tendo sido esta intimada por publicação no Diário da Justiça Eletrônico em 13/3/2012, tendo, contudo, optado por não interpor nenhum recurso contra o julgamento, ocasião em que solicitou a intimação pessoal do réu para que este manifestasse o interesse na interposição de outros recursos, o que foi devidamente realizado em 3/12/2012 (e-STJ fls. 205/206), tendo, contudo, o paciente permanecido inerte, o que ocasionou o trânsito em julgado de sua condenação em 28/3/2013 (e-STJ fl. 245).

Em tema de nulidade de ato processual, vigora o princípio *pas de nullité sans grife*, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal). Foi, desse modo, editado pelo Supremo Tribunal Federal o enunciado sumular 523, que assim dispõe: *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.*

Nessa linha, a demonstração do prejuízo sofrido pela defesa é reconhecida pela jurisprudência atual como imprescindível tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta, consoante retratam os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO ELEITORAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO PENAL. NULIDADE PROCESSUAL. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. VÍCIOS NO INQUÉRITO POLICIAL NÃO ALCANÇA A AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de que a demonstração de prejuízo, nos termos “do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullité sans grief - compreende as nulidades absolutas”. Precedente. [...] 5. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE 868516 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/5/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 22/6/2015 PUBLIC 23/6/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO DE ARMAS E MUNIÇÕES. POSSE E DETENÇÃO DE EXPLOSIVOS E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ARTEFATOS. CRIME DE LAVAGEM DE BENS, DIREITOS E VALORES. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. DECISÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FUNDAMENTADAS. IMPETRAÇÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. [...]5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção 6. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RHC 123890 AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 5/5/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15/5/2015 PUBLIC 18/5/2015).

Nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior de

Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CONDENAÇÃO. ADVOGADO SUSPENSO PELA OAB NO MOMENTO DA PROLATAÇÃO DA SENTENÇA. APRESENTADA APELAÇÃO E CONTRARRAZÕES AO APELO MINISTERIAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. No processo penal vigora o princípio "*pas de nullité sans grife*", segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal). A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado nº 523 de sua Súmula, que assim dispõe: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

3. No caso, o Tribunal de origem foi categórico ao afirmar que o advogado constituído "embora suspenso, exerceu ativamente a defesa do paciente em todos os atos processuais", o que afasta o apontado constrangimento ilegal.

4. Não resta, portanto, configurada manifesta ilegalidade que permita a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 317.220/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 20/8/2015, DJe 28/8/2015).

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ROUBO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. MERO INCONFORMISMO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A demonstração do prejuízo - que em alguns casos de nulidade absoluta, por ser evidente, pode decorrer de simples raciocínio lógico do julgador - é reconhecida pela jurisprudência atual como essencial tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta, conforme entende o Supremo Tribunal Federal.

2. Não comprovado o efetivo prejuízo para o paciente, não há como invalidar o ato processual, pois, a teor do art. 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido (HC 294.955/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADA NULIDADE DO JULGAMENTO DO CONSELHO DE SENTENÇA POR COMPROMETIMENTO DE SUA IMPARCIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. SITUAÇÃO A QUE O PRÓPRIO RÉU DEU CAUSA. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 563 E 565 DO CPP. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

[...]

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, o que não ocorreu na espécie. Precedentes.

[...]

6. Ordem de habeas corpus não conhecida (HC 287.139/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 21/8/2014, DJe 2/9/2014).

E, no caso, a defesa não demonstrou a efetiva ocorrência de prejuízo ao paciente, tendo se limitado a dizer que a não interposição de recurso contra o acórdão condenatório já seria suficiente para demonstrar a inexistência de defesa técnica, o que, contudo, não coaduna com a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que a ausência de interposição do recurso cabível pelo advogado do réu, não constitui nulidade por ausência de defesa, ante o princípio da voluntariedade dos recursos.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO DESTA CORTE PARA APRECIAR O MÉRITO DO WRIT ORIGINÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. TRANSCURSO IN ALBIS DE PRAZOS PARA MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PLEITO DE DEVOLUÇÃO DE PRAZO PARA INTERPOR APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO QUE COMPARECEU EM JUÍZO E SE EVADIU APÓS A CONDENAÇÃO. CARÊNCIA DE DEFESA POR AUSÊNCIA DE APELAÇÃO. PARTES DEVIDAMENTE INTIMADAS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PEDIDO AVULSO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. A alegação de que o Tribunal a quo descumpriu a ordem exarada por esta Corte, para apreciar o mérito do writ originário, não se sustenta. Hipótese em que todos os pleitos formulados perante a segunda instância foram suficientemente examinados.

2. Nos termos do art. 571, II, do Código de Processo Penal, eventuais nulidades verificadas durante o processo deverão ser arguidas por ocasião das alegações finais. No caso, a tese de cerceamento de defesa por indeferimento de diligências foi suscitada apenas em sede recursal, o que torna preclusa a pretensão de invalidação da instrução criminal. Ademais, os autos dão conta de que tal indeferimento em nada interferiu no julgamento do feito, circunstância que demonstra a inexistência de prejuízo suportado pelo recorrente apto a inquinar de nulidade a ação penal (art. 563 do CPP).

3. A alegação de ausência de defesa técnica durante o processo não prospera, pois o recurso parte da premissa equivocada de que o prazo para manifestação da defesa transcorreu in albis, quando na verdade consta do acórdão atacado que o advogado requereu diligências em favor do recorrente.

4. Não se mostra razoável a devolução do prazo para interposição do recurso de apelação se o acusado, a despeito de ter comparecido em Juízo, evadiu-se do distrito da culpa após a condenação e, regularmente intimado da sentença, somente manifestou sua irrisignação 8 meses após a publicação do édito condenatório.

5 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a inércia recursal do advogado constituído não caracteriza, por si só, carência de defesa, notadamente se o réu e seu defensor, devidamente intimados do decreto condenatório, permaneceram inertes, como no caso.

6. O pedido formulado em expediente avulso que discute o regime inicial de cumprimento de pena deve ser previamente submetido à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise do Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 52.526/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 08/09/2015)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA NÃO COMPROVADA. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. VOLUNTARIEDADE RECURSAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal, "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".

2. 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.

3. Não há falar em carência de defesa quando o patrocínio da causa, tanto o público quanto o particular, não foi de tal ordem precário a ponto de considerar a recorrente desassistida, pois a Defensoria Pública apresentou resposta à acusação e o advogado particular, de sua livre escolha, acompanhou a audiência de instrução e ofereceu alegações finais orais.

4. O fato de o defensor, no desempenho autônomo de sua tarefa e ante a conveniência do caso concreto, ter deixado de arrolar testemunhas, de interferir na colheita da prova oral com reperguntas e de recorrer não implica, de forma automática, nulidade do processo por violação objetiva da defesa, pois tais atos não são obrigatórios e a recorrente olvidou de demonstrar o real prejuízo sofrido e a existência de tese recursal que pudesse ensejar a provável alteração do julgamento.

5. Não está caracterizada a deficiência da defesa técnica pela ausência, por si só, de interposição de apelação criminal no prazo legal, pois, ante o princípio da voluntariedade recursal, previsto no art. 574 do CPP, o defensor constituído não está obrigado a recorrer e as partes, pessoalmente intimadas da sentença em audiência, mantiveram-se inertes, não manifestando qualquer inconformismo com a condenação.

6. Recurso ordinário não provido.

(RHC 39.788/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, a ausência de interesse recursal é constatada da própria conduta do paciente que, intimado pessoalmente quanto ao acórdão de manutenção da sentença condenatória em 3/12/2012 (e-STJ fls. 205/206), mantém-se inerte, deixando transcorrer *in albis* os prazos para eventual interposição de recursos especial e/ou extraordinário, e, somente externando o desejo de recurso em 8/8/2013 com a interposição do presente Recurso Ordinário (e-STJ fl. 1), ou seja, mais de 4 (quatro) meses após o trânsito em julgado que ocorrera em 28/3/2013 e mais de 8 (oito) após a sua intimação pessoal quanto ao julgamento ora impugnado, situação que demonstra a ausência de proporcionalidade na devolução dos prazos recursais pleiteados, principalmente porque diante da efetiva intimação do advogado constituído e do réu, os mesmos optaram por permanecerem inertes.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO DESTA CORTE PARA APRECIAR O MÉRITO DO WRIT ORIGINÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. TRANSCURSO IN ALBIS DE PRAZOS PARA MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PLEITO DE DEVOLUÇÃO DE PRAZO PARA INTERPOR APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO QUE COMPARECEU EM JUÍZO E SE EVADIU APÓS A CONDENAÇÃO. CARÊNCIA DE DEFESA POR AUSÊNCIA DE APELAÇÃO. PARTES DEVIDAMENTE INTIMADAS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PEDIDO AVULSO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. A alegação de que o Tribunal a quo descumpriu a ordem exarada por esta Corte, para apreciar o mérito do writ originário, não se sustenta. Hipótese em que todos os pleitos formulados perante a segunda instância foram suficientemente examinados.

2. Nos termos do art. 571, II, do Código de Processo Penal, eventuais nulidades verificadas durante o processo deverão ser arguidas por ocasião das alegações finais. No caso, a tese de cerceamento de defesa por indeferimento de diligências foi suscitada apenas em sede recursal, o que torna preclusa a pretensão de invalidação da instrução criminal. Ademais, os autos dão conta de que tal indeferimento em nada interferiu no julgamento do feito, circunstância que demonstra a inexistência de prejuízo suportado pelo recorrente apto a inquinar de nulidade a ação penal (art. 563 do CPP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A alegação de ausência de defesa técnica durante o processo não prospera, pois o recurso parte da premissa equivocada de que o prazo para manifestação da defesa transcorreu *in albis*, quando na verdade consta do acórdão atacado que o advogado requereu diligências em favor do recorrente.

4. Não se mostra razoável a devolução do prazo para interposição do recurso de apelação se o acusado, a despeito de ter comparecido em Juízo, evadiu-se do distrito da culpa após a condenação e, regularmente intimado da sentença, somente manifestou sua irresignação 8 meses após a publicação do édito condenatório.

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a inércia recursal do advogado constituído não caracteriza, por si só, carência de defesa, notadamente se o réu e seu defensor, devidamente intimados do decreto condenatório, permaneceram inertes, como no caso.

6. O pedido formulado em expediente avulso que discute o regime inicial de cumprimento de pena deve ser previamente submetido à análise do Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 52.526/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 08/09/2015)

Assim, não há nulidade a ser reconhecida.

Quanto ao pedido de revogação da custódia preventiva do paciente, vale observar que o mandado de prisão expedido contra o réu decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, tratando-se, pois, de prisão-pena e não mais de custódia cautelar, razão pela qual não há que se falar em violação ao princípio do estado de não culpabilidade.

No que se refere ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, constato do acórdão impugnado (e-STJ fl. 195), que o Tribunal de origem indeferiu o pleito defensivo diante da reincidência do paciente.

Ao assim decidir, a Corte local firmou entendimento consoante o exposto neste Tribunal Superior, pois de acordo com art. 44, incisos II e III, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos em se tratando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de réu reincidente.

Confira-se:

HABEAS CORPUS. ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. (3) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES. (4) NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.

2. Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o réu é reincidente.

3. Consoante art. 44, incisos II e III, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em se tratando de réu reincidente e portador de maus antecedentes, utilizados para valorar negativamente as circunstâncias judiciais. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 331.376/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 1/10/2015, DJe 22/10/2015).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. RECEPÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME MAIS GRAVOSO. SÚMULA 269 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.. REINCIDÊNCIA RECONHECIDA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Somente em situações excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça procede ao reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando é flagrante a ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal ou a ausência de fundamentação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Hipótese em que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base no valor do bem receptado (motocicleta), ao fundamento de que estaria ligado à subtração criminosa desse tipo de veículo. Situação que não extrapola aquela inerente ao tipo penal incriminador.*

4. *Fixada a pena-base no mínimo legal por serem as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente e reconhecida a reincidência, o regime inicial para início do cumprimento da reprimenda deverá ser o semiaberto. Súmula 269 do STJ.*

5. *Paciente que não faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois não preenche os requisitos exigidos à implementação da referida benesse, haja vista, ser reincidente.*

6. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena-base no mínimo legal, alcançando a reprimenda final 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 11 dias-multa. (HC 305.548/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 10/9/2015).*

Ante o exposto, não conheço do ***habeas corpus***.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0276872-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 275.935 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00759269520040050 05004759261 12862004 5004759261 759269520040050

EM MESA

JULGADO: 08/11/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **FABIO HENRIQUE RIBEIRO LEITE**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **JOAO BATISTA DOS SANTOS**

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

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