



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.819 - ES (2013/0416601-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : JOÃO BOSCO SOARES
ADVOGADO : RAFAEL ALMEIDA DE SOUZA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO. CITAÇÃO POR HORA CERTA. VALIDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não se constata qualquer ilegalidade apta a inquinar de nulidade o ato citatório, na medida em que o oficial de justiça certificou que realizou as diligências necessárias à localização do recorrente no endereço informado nos autos pelo advogado constituído, e, ainda, de que havia indícios da sua ocultação para impedir a realização do ato.

2. Ademais, conforme declarado pelo defensor constituído, o recorrente tinha plena ciência da ação penal em seu desfavor, tendo recebido, inclusive, cópia da acusação, não tendo comparecido a Juízo apenas para não ser preso.

3. O recorrente não demonstrou qualquer prejuízo por ele suportado em razão da sua citação por hora certa, sublinhando-se o fato de ter constituído advogado, que esteve presente a todos os atos processuais realizados, apresentou defesa e memoriais, bem como recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia.

4. Recurso improvido.

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, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.819 - ES (2013/0416601-9)

RECORRENTE : JOÃO BOSCO SOARES
ADVOGADO : RAFAEL ALMEIDA DE SOUZA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por JOÃO BOSCO SOARES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que denegou a ordem pleiteada no HC n.º 0019938-31-31.2013.8.08.0000.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pelo Juízo da 4.^a Vara Criminal da comarca de Cariacica/ES, nos autos da Ação Penal n.º 012.10.012682-5, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, como incurso no art. 121, § 1.º, do Código Penal, transitada em julgado a condenação para a defesa e para a acusação, respectivamente, em 16.7.2013 e 5.8.2013.

Ao argumento de que a citação do recorrente seria nula, impetrou-se prévio *writ*, cuja ordem restou denegada pelo Tribunal *a quo*.

Daí o presente recurso, no qual o recorrente alega que, apesar de ter advogado constituído nos autos, não teria sido citado pessoalmente ou por edital e não teria comparecido a qualquer ato processual.

Afirma que não estaria comprovado nos autos da ação penal que as formalidades processuais previstas nos artigos 227 a 229 do CPC tenham sido cumpridas, destacando que o oficial de justiça teria certificado que o acusado encontrava-se em local incerto e não sabido.

Sustenta que a sua ciência quanto à existência da ação penal movida em seu favor não justificaria a ausência da formalidade legal mencionada.

Aduz que se trataria de nulidade absoluta, que independeria da demonstração de prejuízo, razão pela qual seria descabida a aplicação do princípio insculpido no art. 565 do Código de Processo Penal.

Requer o provimento do presente recurso, para que seja declarada a nulidade da ação penal mencionada *ab initio*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 912/915, opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.819 - ES (2013/0416601-9)

VOTO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca o recorrente a nulidade da ação penal na qual restou condenado pela prática do delito de homicídio qualificado, ao argumento de que não teria sido citado.

No entanto, da análise dos autos, constata-se que razão não lhe assiste.

Isto porque, ao contrário do que afirma em suas razões recursais, a sua citação se deu por hora certa, conforme certidão de fl. 247, *verbis*:

Certifico e dou fé que em cumprimento ao r. mandado retro, redistribuído por outro Oficial de Justiça, me dirigi ao endereço indicado, onde procedi várias diligências, não logrando encontrar em nenhuma delas o acusado, que ora não estava, ora a residência se encontrava fechada, tendo na última oportunidade, inclusive, este Oficial deixou um encaminhamento por escrito com a Sra. Ângela Boamorte (genitora) para que o acusado o procurasse para receber a denúncia. Certifico também que mais uma vez não logrei êxito na tentativa de dar cumprimento ao mandado, e desconfiando que o mesmo se ocultava para não receber a citação, intimei a sua genitora para que o acusado estivesse presente no dia 31/01/2011, às 13:00 horas em sua residência para que fosse citado por hora certa. Certifico, por fim, que no dia e horário aprazado, me dirigi a sua residência e não o encontrando, procedi a citação por hora certa do Sr. João Bosco Soares, na pessoa de sua genitora, Sra. Ângela Boamorte Soares, que recebeu cópia do mandado, a denúncia e exarou o seu ciente.

Diz o art. 362 do Código de Processo Penal:

Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Por sua vez, os artigos 227 e 228 do Código de Processo Civil preceituam:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Art. 228. No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência.

§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca.

§ 2º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

Da análise da certidão transcrita, não se constata qualquer ilegalidade apta a inquinar de nulidade o ato citatório. O Oficial de Justiça certificou que compareceu por diversas vezes na residência do paciente (endereço indicado pelo Defensor constituído na petição na qual requereu a revogação da prisão preventiva decretada), não logrando êxito em encontrar o citando, mas tão somente sua genitora. Após diversas diligências frustradas, o meirinho, desconfiado de que o acusado estava se ocultando para não receber a citação, adotou as providências estabelecidas nos artigos 227 e 228 do CPC, deixando a contrafé com a genitora do acusado, que após o ciente no mandado (fl. 247).

Sobre o tema, leciona Renato Brasileiro de Lima:

(...) apesar de o acusado ter direito de ter ciência da acusação, não se pode valer da própria torpeza, ocultando-se, para posteriormente querer alegar a falta de conhecimento da imputação. Se se ocultou ardilosamente com o objetivo de fugir da citação pessoal, não pode alegar ignorância quanto ao processo que contra ele foi instaurado. Por isso, sem embargo de ter sido citado fictamente, deve o processo ter regular prosseguimento, com a nomeação de defensor dativo. Nessa linha, aliás, o próprio art. 565 do CPP estabelece que nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para a qual tenha concorrido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente desta Corte Superior de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CITAÇÃO POR HORA CERTA. VALIDADE. ESGOTAMENTO DOS MEIOS. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. VIA IMPRÓPRIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Tem-se por válida a citação por hora certa realizada nos autos, diante da informação de que foram empreendidas as diligências necessárias à localização do denunciado, bem assim de que havia indícios da sua ocultação para não ser citado. Precedentes.

2. A análise da arguição de que não teriam sido esgotados todos os meios de localização do Paciente ou de que não foi evidenciada a intenção de ocultação, constitui matéria que depende de dilação probatória, imprópria na via estreita do writ. Precedentes.

3. Ademais, sequer houve prejuízo para o réu, que teve o prazo reaberto, apresentando resposta à acusação, o que faz incidir a disposição constante da Súmula n.º 523 do STF "[n]o processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". Precedentes.

4. Recurso desprovido. (RHC 31.421/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012.)

Mister destacar que a certidão na qual consta que o recorrente se encontrava em local incerto e não sabido se refere a mandado de intimação para audiência de instrução e julgamento designada pelo Juízo de origem (fl. 280), circunstância que levou à decretação de sua revelia (fl. 329).

Ademais, conforme declarado pelo advogado constituído pelo recorrente, em audiência realizada aos 19.4.2011, este *"tem plena ciência da ação penal em seu desfavor, inclusive, recebendo cópia da denúncia que lhe foi entregue pelo próprio defensor"*, salientando, mais, que *"somente não se apresenta em juízo com receio de ser preso"* (fl. 345).

Segundo os documentos dos autos, é possível verificar que o advogado constituído esteve presente a todos os atos processuais realizados, apresentou defesa e memoriais, bem como recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia. Desta forma, não é possível constatar a ocorrência de qualquer prejuízo ao recorrente.

Destaque-se que, atualmente, até em casos de nulidade absoluta,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida.

Sobre o tema, é essa a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.

Isso não significa que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência de prejuízo; normalmente essa demonstração se faz através de simples procedimento lógico, verificando-se a perda da faculdade processual conferida à parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado final do processo.

Afirma-se que as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo costuma ser evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece correto em todos os casos, pois as presunções levam normalmente à inversão do ônus da prova, o que pode não ocorrer quando a ocorrência do dano não oferece dúvida.

(...)

No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta. (Op. cit., p. 26/27.)

A mesma orientação é adotada pela jurisprudência, a exemplo dos seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIO. JÚRI. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PEÇA FACULTATIVA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. 3. INTIMAÇÃO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RETIFICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO. RECONHECIMENTO DA NULIDADE DO ATO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. 4. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. VALIDADE. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE REALIZAÇÃO DE RECONHECIMENTO PESSOAL. DEVIDO PROCESSO LEGAL OBSERVADO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. 5. GARANTIA DA INCOMUNICABILIDADE. OPINIÃO EMANADA POR JURADO EM RELAÇÃO A FATOS ESTRANHOS AO MÉRITO DA CAUSA. INFLUÊNCIA NO RESULTADO DE JULGAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. 6. INTERFERÊNCIA DO JUIZ PRESIDENTE DURANTE A VOTAÇÃO. PRECLUSÃO. 7. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

3. *Prevalece no moderno sistema processual penal que eventual alegação de nulidade deve vir acompanhada da demonstração do efetivo prejuízo, não se proclamando uma nulidade sem que se tenha verificado dano concreto à parte. No caso, considerando que o impetrante não demonstrou o prejuízo decorrente da falta de intimação da retificação da ata de julgamento - modificação realizada a pedido da própria defesa -, é de se ter como inadequado, no plano da ética processual, o reconhecimento do apontado vício formal. Precedente.*

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 168.620/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013.)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE TORTURA. CONDENAÇÃO EM AMBAS AS INSTÂNCIAS. PRELIMINAR SUPERADA: SUPOSTA NULIDADE POR INEXISTÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. DEFICIÊNCIA DE DEFESA NA AUDIÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. NULIDADE RELATIVA NÃO ARGÜIDA EM MOMENTO PRÓPRIO. PRECLUSÃO. TESE DE QUE O CRIME DE TORTURA CONSTITUI CRIME PRÓPRIO NÃO SUSCITADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NAS CIRCUNSTÂNCIAS E NAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL NO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA, POIS ACOLHIDO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUMENTO DA PENA NO GRAU MÁXIMO (TRIPLO) JUSTIFICADO. INEXISTÊNCIA DE CRIME ÚNICO E DE CONCURSO FORMAL. PEDIDO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

1. *Paciente condenada pelo Tribunal de origem à pena de 21 (vinte e um) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão pela prática de crime de tortura contra 08 (oito) menores, durante o período de 03 (três) anos.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

3. O próprio Impetrante sublinha, explicitamente, transcrevendo o termo de deliberação da audiência, que "estava ela [a Paciente] representada por defensora pública", o que demonstra que a insurgência tem como objeto a deficiência de defesa - e não a ausência -, nulidade relativa que deve ser argüida em momento próprio e acompanhada de prova de prejuízo. Súmula n.º 523/STF.

4. A alegada nulidade em razão de ausência de defesa prévia - em rito anterior à Lei n.º 11.719/2008 -, não merece prosperar, pois consta dos autos que, mesmo após regular intimação em audiência de interrogatório, a Defesa deixou espontaneamente de apresentar a referida peça. Precedente.

(...)

10. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC 183.704/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 23/05/2013.)

O Supremo Tribunal Federal compartilha o mesmo entendimento, leia-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. APURAÇÃO DE CRIMES CONEXOS. RITO ORDINÁRIO. ADOÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - Para o reconhecimento da existência de nulidade absoluta, em razão da inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei 10.409/2002, torna-se necessária a demonstração do prejuízo causado pelo não oferecimento da defesa prévia. (...) III - Ordem denegada. (HC 99748, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 04/05/2010, DJe-100 DIVULG 02-06-2010 PUBLIC 04-06-2010 EMENT VOL-02404-03 PP-00452.)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. NULIDADES. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. PRECEDENTES DO STF. ERRO MATERIAL NO NOME DO ACUSADO CORRIGIDO POR MEIO DE EMBRAGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. (...) 7. Esta Suprema Corte possui precedentes no sentido de que "a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta" (HC 85.155, minha relatoria, DJ 15.04.2005). (...) 10. Ante o exposto, nego provimento ao recurso. (RHC 97667, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-03 PP-00603.)

Na hipótese em apreço o recorrente não demonstrou qualquer prejuízo por ele suportado em razão da sua citação por hora certa, sublinhando-se o fato de ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constituído advogado, que acompanhou toda a ação penal, motivo pelo qual não há como se reconhecer a eiva articulada no reclamo.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso ordinário.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0416601-9

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 43.819 / ES

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 012100126825 019938312013808 100130032558 10013003255820130135 12100126825
19938312013808 201301123332

EM MESA

JULGADO: 11/02/2014

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

RECORRENTE : JOÃO BOSCO SOARES
ADVOGADO : RAFAEL ALMEIDA DE SOUZA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
CORRÉU : JOÃO CARLOS SOARES
CORRÉU : MÁRCIO ALVES DE OLIVEIRA

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, negou provimento ao recurso."

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