



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.710 - RS (2016/0205662-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : SAMIR HOFMEISTER NASSIF
ADVOGADO : SAMIR HOFMEISTER NASSIF - RS075194
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : RAVARDIERE LUIS GAMA (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E REMOÇÃO DO PACIENTE PARA SUPERINTENDÊNCIA DA POLÍCIA FEDERAL. MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INTIMAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO EM NOME DE DEFENSOR QUE JÁ HAVIA RENUNCIADO SEUS PODERES. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. MANIFESTA ILEGALIDADE. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO PROCESSO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. As questões relativas à revogação da prisão preventiva e à remoção do paciente para as dependências da Superintendência da Polícia Federal de Porto Alegre, não foram objetos de análises pelo Tribunal de origem, motivo pelo qual não podem ser examinadas nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Refletindo em seu conteúdo os ditames constitucionais, o art. 261 do Código de Processo Penal estabelece que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

3. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010).

4. Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*).

5. No caso em exame, evidenciada a intimação da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito defensivo, em nome do patrono que já havia renunciado seus poderes, claro está o prejuízo suportado pelo paciente que, sem defesa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

técnica, não se insurgiu do acórdão confirmatório da sentença de pronúncia.

6. Não atingida a finalidade do ato e existente evidente prejuízo à ampla defesa, configura-se o vício na intimação e, em consequência, impõe-se a sua nulidade e daqueles atos processuais a ele subsequentes, de modo a se refazer a intimação do acórdão condenatório de patrono regularmente constituído pelo paciente.

7. Hipótese em que o recurso em sentido estrito foi interposto tanto pela defesa como pelo Ministério Público, que o paciente encontra-se preso preventivamente desde 26/2/2015 e reconhecida a nulidade do processo, deve ser reconhecida a ilegalidade de sua prisão, pelo excesso de prazo para o encerramento do processo.

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular o julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0043762-03.2016.8.21.7000 e os demais atos processuais posteriores, para que outro seja proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a prévia e regular intimação do defensor constituído. Prisão preventiva revogada, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

PRESENTE NA TRIBUNA: DR. ARAMIS NASSIF (P/PACTE)

Brasília (DF), 18 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.710 - RS (2016/0205662-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : SAMIR HOFMEISTER NASSIF
ADVOGADO : SAMIR HOFMEISTER NASSIF - RS075194
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : RAVARDIERE LUIS GAMA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor do **RAVARDIERE LUIS GAMA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Colhe-se dos autos que o paciente, denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, II e IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, teve a prisão preventiva decretada. Encerrada a instrução criminal, o Juízo de primeiro grau pronunciou o paciente como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso em sentido estrito. O TJRS negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

"JÚRI. RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO.

Inviável a despronúncia pretendida se ofendido e testemunhas apontam, e em todas as oportunidades em que prestaram declarações, o réu como o autor do homicídio tentado.

Não há cogitar do afastamento da qualificadora relativa ao emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima se, inquirido em juízo, o ofendido foi taxativo ao aduzir que o acusado 'veio por trás de mim e passou a faca', mormente se assevera uma testemunha que a vítima somente percebeu a agressão quando o réu já estava com sua mão posicionada sobre o seu pescoço.

Se a denúncia afirma que o crime foi cometido por motivo fútil, ao argumento de que 'o denunciado sentiu-se ignorado pelo ofendido', mas, em juízo, demonstrou-se justamente o contrário (foi o ofendido quem restou ignorado pelo réu), não há falar na qualificadora de que trata o artigo 121, § 2º, inciso II, do Código Penal.

RECURSOS DESPROVIDOS." (e-STJ, fl. 252)

Nesta impetração, a defesa sustenta a ocorrência de nulidade do julgamento do recurso em sentido estrito, por cerceamento de defesa, uma vez que, com a renúncia do patrono constituído, "não há nos autos nenhuma manifestação no sentido de intimar o réu para que constituísse novo defensor, inclusive para que se fizesse representar na Sessão de Julgamento de Recurso Defensivo" (e-STJ, fl. 4).

Afirma que "a nulidade do julgamento está patenteada na omissão de intimação do Recorrente para constituir novo Procurador que, por óbvio, resultou em grave CERCEAMENTO DE DEFESA, haja vista restar indefeso no julgamento do RSE" (e-STJ, fl. 4).

Alega, ainda, que, com a pronúncia do paciente, "por certo que os motivos que ensejaram a prisão, que já eram questionáveis ao tempo de sua decretação, não mais subsistem e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agregados ao que narrou-se no presente, necessitam ser revistos e afastados, colocando-se em liberdade o paciente que está respondendo por CRIME TENTADO" (e-STJ, fl. 8).

Assevera, por fim, que a remoção do paciente, que é policial federal, para o Presídio Central de Porto Alegre fere o art. 40, § 1º, do Estatuto dos Policiais Federais, que determina a permanência do preso em prisão especial, durante o curso da ação penal e até que a sentença transite em julgado (e-STJ, fls. 1-9).

Requer, assim, a concessão da ordem, para que seja anulado o julgamento do RSE. Em consequência, pleiteia a revogação da prisão preventiva ou a remoção do paciente para as dependências da Superintendência da Polícia Federal de Porto Alegre.

Sem pedido liminar e suficientemente instruído os autos, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 316-322).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.710 - RS (2016/0205662-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : SAMIR HOFMEISTER NASSIF
ADVOGADO : SAMIR HOFMEISTER NASSIF - RS075194
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : RAVARDIERE LUIS GAMA (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E REMOÇÃO DO PACIENTE PARA SUPERINTENDÊNCIA DA POLÍCIA FEDERAL. MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INTIMAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO EM NOME DE DEFENSOR QUE JÁ HAVIA RENUNCIADO SEUS PODERES. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. MANIFESTA ILEGALIDADE. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO PROCESSO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. As questões relativas à revogação da prisão preventiva e à remoção do paciente para as dependências da Superintendência da Polícia Federal de Porto Alegre, não foram objetos de análises pelo Tribunal de origem, motivo pelo qual não podem ser examinadas nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Refletindo em seu conteúdo os ditames constitucionais, o art. 261 do Código de Processo Penal estabelece que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

3. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010).

4. Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*).

5. No caso em exame, evidenciada a intimação da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito defensivo, em nome do patrono que já havia renunciado seus poderes, claro está o prejuízo suportado pelo paciente que, sem defesa técnica, não se insurgiu do acórdão confirmatório da sentença de pronúncia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Não atingida a finalidade do ato e existente evidente prejuízo à ampla defesa, configura-se o vício na intimação e, em consequência, impõe-se a sua nulidade e daqueles atos processuais a ele subsequentes, de modo a se refazer a intimação do acórdão condenatório de patrono regularmente constituído pelo paciente.

7. Hipótese em que o recurso em sentido estrito foi interposto tanto pela defesa como pelo Ministério Público, que o paciente encontra-se preso preventivamente desde 26/2/2015 e reconhecida a nulidade do processo, deve ser reconhecida a ilegalidade de sua prisão, pelo excesso de prazo para o encerramento do processo.

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular o julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0043762-03.2016.8.21.7000 e os demais atos processuais posteriores, para que outro seja proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a prévia e regular intimação do defensor constituído. Prisão preventiva revogada, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, não se evidencia manifesto constrangimento ilegal a justificar a concessão da ordem, de ofício.

Para o exato deslinde da controvérsia, imprescindível delinear os aspectos factuais que circunstanciaram esta impetração.

Colhe-se dos autos que o paciente, denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, II e IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, teve a prisão preventiva decretada. Encerrada a instrução criminal, o Juízo de primeiro grau pronunciou o paciente como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso em sentido estrito. O TJRS negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

"JÚRI. RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO.

Inviável a despronúncia pretendida se ofendido e testemunhas apontam, e em todas as oportunidades em que prestaram declarações, o réu como o autor do homicídio tentado.

Não há cogitar do afastamento da qualificadora relativa ao emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima se, inquirido em juízo, o ofendido foi taxativo ao aduzir que o acusado 'veio por trás de mim e passou a faca', mormente se assevera uma testemunha que a vítima somente percebeu a agressão quando o réu já estava com sua mão posicionada sobre o seu pescoço.

Se a denúncia afirma que o crime foi cometido por motivo fútil, ao argumento de que 'o denunciado sentiu-se ignorado pelo ofendido', mas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em juízo, demonstrou-se justamente o contrário (foi o ofendido quem restou ignorado pelo réu), não há falar na qualificadora de que trata o artigo 121, § 2º, inciso II, do Código Penal.
RECURSOS DESPROVIDOS." (e-STJ, fl. 252)

Transitado em julgado o acórdão, os autos foram encaminhados ao Juízo de origem. Por meio de petição, a defesa alega a existência de cerceamento de defesa no julgamento do RSE, pelos seguintes motivos: a) revogação pelo paciente dos poderes conferidos ao defensor constituído antes do referido julgamento; b) ausência de intimação do réu para constituição de novo procurador; c) reabertura de prazo para apresentação de recurso no Tribunal *ad quem* (e-STJ, fls. 284-287).

Encaminhado o pleito ao TJRS (e-STJ, fl. 290), o Desembargador relator do RSE proferiu despacho, nos seguintes termos:

"Descabida a pretensão de reabertura de prazo.

Isso porque, se o acusado, em data de 20 de março 2016, revogou a procuração outorgada a seu defensor, àquele incumbia comunicar a constituição de outro, viabilizando a intimação deste acerca da decisão proferida pela câmara, o que não fez.

Aliás, veio o acusado constituir novo defensor em 6 de maio de 2006, tão-somente, quando já decorrido o prazo para interposição de recurso, afigurando-se defeso venha, agora pleitear reabertura desse.

Devolvam-se os autos ao primeiro grau de jurisdição.

Intime-se." (e-STJ, fl. 292)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, *in verbis*:

"Nada a aclarar.

Vê-se que a determinação de intimação contida no acórdão deu-se em virtude da noticiada revogação do mandato, tornando-se desnecessária, ante a constituição de novo defensor, a realização do ato.

Contudo, impositiva, dado o não cumprimento da intimação contida no acórdão, a reabertura do prazo para interposição de eventual recurso. E, o termo inicial, dar-se-á com a intimação desta decisão.

Intime-se." (e-STJ, fls. 302-303)

Daí esta impetração em que se busca a concessão da ordem, para que seja anulado o julgamento do RSE. Em consequência, pleiteia a revogação da prisão preventiva ou a remoção do paciente para as dependências da Superintendência da Polícia Federal de Porto Alegre.

Cumprir registrar, inicialmente, que as questões relativas à revogação da prisão preventiva e à remoção do paciente para as dependências da Superintendência da Polícia Federal de Porto Alegre não foram objetos de análises pelo Tribunal de origem, motivo pelo qual não podem ser examinadas nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

A fim de corroborar tal conclusão, trago à baila os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS*. (...) MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

(...)

6. Inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, de matérias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não analisadas pela Corte de origem, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.

7. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 279.802/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 05/05/2014)

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. (...) NULIDADES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) NÃO CONHECIMENTO.

1. Se as apontadas nulidades no trâmite processual - informações anônimas, ausência de fundamentação para o recebimento da denúncia, revelia, vício na oitiva de testemunha e impropriedade no laudo pericial -, deixaram de ser questionadas e debatidas perante a Corte originária, não merece conhecimento o *writ* nestes pontos, sob pena de supressão de instância. Precedentes.

(...)

7. Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta extensão, não provido." (RHC 42.294/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 05/05/2014)

A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Refletindo em seu conteúdo os ditames constitucionais, o art. 261 do Código de Processo Penal estabelece que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

"O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010).

Em relação ao tema nulidade, não se pode olvidar que "toda matéria relativa às nulidades deverá ser guiada pela necessidade de preservação dos interesses tutelados pela jurisdição penal, aferidos a partir da atuação de cada um dos sujeitos do processo no seu regular desenvolvimento. As formas processuais e procedimentais existem unicamente para benefício dos litigantes e do magistrado, de cuja atividade se espera a construção do provimento final acerca da matéria penal levada a juízo. As nulidades funcionariam, portanto, como consequência jurídica resultante da violação da forma prescrita em lei para a realização de determinado ato processual. Todavia, não há como deixar de reconhecer, sobretudo da perspectiva do processo, instrumento da jurisdição e, assim, da aplicação do direito, que todos os atos processuais previstos na lei têm uma finalidade específica. Existem em razão de um fim, que, em última análise, será a aplicação do direito cabível à hipótese concreta. Na teoria do processo, costuma-se dizer que o processo é meio, e não fim, o que não deixa de ser verdadeiro também em relação ao processo penal, embora, em relação a este, deva-se salientar que as garantias processuais fundamentais estão previstas na própria Constituição, configurando verdadeiro direito material. Fala-se em instrumentalidade das formas (*pas de nullité sans grief*) para realçar exatamente a função que se lhe atribui a legislação: a função de meio, de instrumento, e não do próprio direito. Por isso, se do ato nulo não tiver decorrido qualquer prejuízo para a atuação das partes ou da jurisdição, não haverá razão alguma para o reconhecimento e declaração da nulidade, nos exatos termos do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

563, pedra de toque do sistema de nulidades. Na mesma linha de desdobramento, não se reconhecerá a nulidade (ou considerar-se-á sanada) de ato praticado de outra forma, não prevista em lei quando tiver ele alcançado o seu fim, sem prejuízo a nenhum dos litigantes, conforme se observa do disposto no art. 572, II, do CPP" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal; Ed. *Lumen Juris*, 2008; págs. 674-675).

Nesse diapasão, a exposição de motivos do Código de Processo Penal:

"O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para acusação ou defesa." (Exposição de motivos do Código de Processo Penal, XVII)

"Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade." (Exposição de motivos do Código de Processo Penal, XVII)

Com efeito, o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*).

Há muito, essa Corte assim se manifesta:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECEPÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS PRORROGAÇÕES. NECESSIDADE COMPROVADA. RECONHECIMENTO PESSOAL. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

I - Não se divisa qualquer ilegalidade nas escutas telefônicas, ou nas provas delas derivadas, quando as instâncias ordinárias, de acordo com a complexidade do caso, evidencia a necessidade de sua autorização ou prorrogação, desde que atendidos os requisitos legais e em estreita observância aos critérios de indispensabilidade e razoabilidade.

II - A declaração de nulidade de ato processual não pode prescindir da demonstração do prejuízo, em face do princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal.

III - Não há que se falar em ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando as instâncias ordinárias, apresentando fundamentação concreta, concluem que as circunstâncias do crime revelam sua gravidade concreta, exigindo resposta penal mais contundente.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 567.997/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 19/08/2016 – grifou-se)

"RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. APELAÇÃO. QUORUM. MAIORIA. JUÍZES CONVOCADOS. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DISPOSITIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VIOLADO. SÚMULA N. 284 DO STF. MAGISTRADO IMPEDIDO. PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO UNÂNIME. QUESITOS. NULIDADE. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. SEGUNDA APELAÇÃO. MESMO FUNDAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INCABÍVEL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. Inviável o conhecimento do recurso especial por violação ao princípio do juiz natural, pois a matéria é de cunho eminentemente constitucional (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/88) e não foi indicado o dispositivo violado (Súmula n. 284 do STF).

2. Não tendo sido impugnado por meio de embargos de declaração o pleito de nulidade decorrente de impedimento de magistrado no julgamento colegiado, ausente o prequestionamento. Ademais, o referido óbice, ainda que capaz de promover a nulidade do voto do magistrado, não é suficiente para, por si só, acarretar a nulidade do julgado quando evidenciado que a participação do julgador não foi decisiva para o resultado, como na hipótese, em que o *decisum* foi unânime.

3. A alegação de nulidade por vício na quesitação deverá ocorrer no momento oportuno, isto é, após a leitura dos quesitos e a explicação dos critérios pelo Juiz presidente, sob pena de preclusão, nos termos do art. 571 do CPP. **Ademais, em matéria de nulidade, aplica-se o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a acusação ou para a defesa.**

4. Esta Casa já pacificou que, embora sejam diversos os argumentos alegados nas apelações criminais, interpostas com fulcro na mesma alínea (art. 593, III, "d", do CPP), ou seja, decisão manifestamente contrária à prova dos autos, o segundo recurso encontra óbice no art. 593, § 3º, do CPP, o qual não pode ser flexibilizado pelo Tribunal de origem. Entendimento que atrai o óbice da Súmula n. 83 deste Superior Tribunal.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido." (REsp 1111241/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 01/08/2016 – grifou-se)

No caso em exame, verifica-se que o advogado Dr. Ricardo Ferreira Breier, em 11/1/2016, interpôs recurso em sentido estrito perante o TJRS (e-STJ, fls. 229-245). Em 29/3/2016, o referido patrono peticionou no feito, informando a revogação do mandato outorgado pelo paciente, postulando o seu descadastramento do processo (e-STJ, fl. 249). Incluído na pauta do dia 6/4/2016, a Primeira Câmara Criminal do TJRS negou provimento aos recursos (e-STJ, fls. 251-260).

Nesse contexto, portanto, evidenciada a intimação da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito defensivo, em nome do patrono que já havia renunciado seus poderes, claro está o prejuízo suportado pelo paciente que, sem defesa técnica, não se insurgiu do acórdão confirmatório da sentença de pronúncia.

Nesse aspecto:

"HABEAS CORPUS. ADVOGADO FALECIDO. CERTIFICADO TRÂNSITO EM JULGADO. PREJUÍZO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Apesar de o único advogado constituído nos autos ter falecido após o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento da apelação, o Tribunal de origem certificou o trânsito em julgado do processo para a defesa, em virtude da ausência de interposição de recurso contra o acórdão da apelação, frustrando-se eventual interposição de recurso.

2. O fato de o réu não haver comunicado o falecimento do advogado ao Tribunal de origem em nada modifica a ocorrência da nulidade.

3. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para: a) desconstituir o trânsito em julgado da condenação imposta ao réu nos autos da Ação Penal n. 0007579-56.2011.8.26.0408 da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ourinhos - SP; b) determinar a intimação do paciente a fim de que nomeie novo procurador; c) determinar nova publicação do acórdão da apelação em nome do advogado constituído pelo réu; e d) conceder ao paciente o direito de aguardar em liberdade o exaurimento da instância ordinária" (HC 332.960/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 28/06/2016.)

"*HABEAS CORPUS*. PECULATO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. INFORMAÇÕES DANDO CONTA DA INTIMAÇÃO POR MEIO DE DIÁRIO OFICIAL. ADVOGADO FALECIDO ANTES DA SESSÃO DE JULGAMENTO. PROCEDÊNCIA.

1. O pedido de reconhecimento da prescrição retroativa, nos moldes em que formulado na presente impetração, é inviável de ser apreciado em sede de *habeas corpus*, dada a estreiteza da via mandamental, que exige a configuração de constrangimento ilegal manifesto, hipótese inócorrente no caso, mormente porque as alegações trazidas pelo impetrante contrariam as premissas fáticas firmadas no acórdão impugnado, e qualquer providência no sentido de aferir a efetiva data do cometimento do delito, implicaria a necessária desconstituição de tais premissas, o que já seria inviável nesta instância especial.

2. Sendo a defesa patrocinada por advogado constituído, a intimação deve ser feita por meio da imprensa oficial, a teor do que dispõe o art. 392 do CPP. A intimação pessoal é prerrogativa deferida apenas a defensores públicos ou dativos.

3. No caso dos autos, segundo informações prestadas pela Corte estadual, o advogado constituído foi regularmente intimado por meio de publicação no Diário Oficial, não havendo falar em cerceamento de defesa.

4. Todavia, **embora tenha havido a intimação do defensor constituído pelo paciente, para a realização do julgamento de seu recurso de apelação, tal intimação se revela inválida, haja vista o falecimento de seu patrono, na data de 26.7.2007, e a intimação para o julgamento da apelação criminal do paciente foi publicada em 15.5.2009, quase dois anos após o óbito do defensor constituído.**

5. Impetração parcialmente conhecida, e nessa extensão, concedida a ordem de *habeas corpus*, para anular, em relação ao ora paciente, o acórdão proferido no recurso de apelação do qual se cuida, determinando que seja renovado o julgamento com a prévia e regular intimação do defensor constituído" (HC 179.626/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 01/10/2012.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. VIA INADEQUADA. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO EM NOME DE DEFENSOR FALECIDO. ÚNICO PROCURADOR CONSTITUÍDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA.

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. A ausência de elementos essenciais ao processamento do feito é causa de nulidade processual nos termos do art. 564, III, "c" e "o", e IV, do Código de Processo Penal, e configura constrangimento ilegal passível de ser sanado por *habeas corpus*.
3. *In casu*, o único advogado inicialmente constituído pelo réu faleceu em 30/10/2008 e o recurso de apelação foi julgado em 29/03/2010, não constando cópia nos autos de nenhuma intimação do paciente ou de seu novo patrono do referido acórdão.
4. Segundo o entendimento desta Corte, é de se reconhecer a existência de nulidade absoluta por cerceamento de defesa quando a intimação do acórdão de apelação se der em nome de defensor falecido, único procurador constituído nos autos para representar o réu.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, em concordância com o parecer ministerial, declarar a nulidade do acórdão impugnado, determinando que seja novamente julgado o recurso" (HC 328.254/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 05/02/2016.)

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PACIENTE ABSOLVIDO NA SENTENÇA E CONDENADO NO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. TESE DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EM NOME DE ADVOGADO FALECIDO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEFESA. PREJUÍZO EVIDENCIADO. NULIDADE CONFIGURADA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. Na hipótese, a publicação do acórdão da apelação criminal foi realizada em nome do único advogado constituído para atuar no feito, o qual estava falecido à época.
2. **O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RHC 104.723/SP, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, adotou o entendimento no sentido de que a publicação de decisão em nome do único advogado constituído, falecido anteriormente, configura violação ao princípio do contraditório e à ampla defesa (PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 22/02/2011.)** 3. Nessa linha de entendimento, a **Quinta Turma desta Corte Superior proferiu recente julgado, asseverando**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o falecimento do único advogado constituído, em momento anterior ao julgamento da apelação, ainda que não comunicado o fato ao tribunal, é circunstância geradora de nulidade absoluta, por ausência de defesa técnica (HC 204.349/SP, QUINTA TURMA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 20/03/2012, DJe 30/04/2012.)

4. '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', consoante dispõe a Súmula n. 523 da Suprema Corte.

5. Não obstante, é evidente o prejuízo sofrido pelo Paciente, visto que, em primeira instância, foi absolvido da imputação de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico, sendo condenado apenas pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, à prestação de serviço comunitário, pelo prazo de 5 (cinco) meses. Enquanto que, em segunda instância, foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.200 (um mil e duzentos) dias-multa, como incurso nos arts. 33 e 35, ambos da precitada Lei Antidrogas.

6. Com a desconstituição do trânsito em julgado, revela-se possível garantir ao Acusado o direito de recorrer em liberdade, considerando que o Juízo sentenciante assegurou-lhe esse direito e o Tribunal *a quo* não decretou sua prisão preventiva, quando da prolação do acórdão impugnado.

7. Ordem de *habeas corpus* concedida, para desconstituir o trânsito em julgado do acórdão impugnado, determinando-se a devolução do prazo recursal e a intimação do Paciente para constituir novo advogado, bem como para assegurar-lhe o direito de recorrer em liberdade, mediante condições a serem estipuladas pelo Juízo de origem" (HC 221.025/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 29/10/2013.)

Por fim, levando em consideração que o recurso em sentido estrito foi interposto tanto pela defesa como pelo Ministério Público, que o paciente encontra-se preso preventivamente desde 26/2/2015 e reconhecida a nulidade do processo, deve ser reconhecida a ilegalidade de sua prisão, pelo excesso de prazo para o encerramento do processo.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. **Concedo** a ordem, de ofício, para anular o julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0043762-03.2016.8.21.7000 e os demais atos processuais posteriores, para que outro seja proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a prévia e regular intimação do defensor constituído. Em consequência, **revogo** a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau.

Ressalvo a possibilidade de nova decretação da prisão, caso demonstrada, de forma fundamentada, sua necessidade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0205662-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 365.710 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121500064112 00190728620158210001 00437620320168217000
02069671420168217000 121500064112 190728620158210001 2069671420168217000
21500064112 437620320168217000 70068335686 70069967735

EM MESA

JULGADO: 18/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SAMIR HOFMEISTER NASSIF
ADVOGADO : SAMIR HOFMEISTER NASSIF - RS075194
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : RAVARDIERE LUIS GAMA (PRESO)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

PRESENTE NA TRIBUNA: DR. ARAMIS NASSIF (P/PACTE)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.