

Superior Tribunal de Justiça

paciente, [REDACTED].

Brasília, 02 de fevereiro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator p/ acórdão



Superior Tribunal de Justiça

de maio de 2014 e, posteriormente, em 16 de junho de 2014, a defesa constituída nos autos foi intimada, via imprensa, para os fins do art. 396 do Código de Processo Penal, tendo decorrido in albis o prazo processual previsto em lei.

Em 27 de agosto de 2014 foi aplicada ao advogado de [REDACTED] a multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal, por abandono da causa e determinada a intimação da paciente para constituir novo defensor.

Nesse ponto, interessa registrar que fui o Relator sorteado para apreciar o Mandado de Segurança nº 2181614-16.2014.8.26.0000, cujo objetivo era o de suspender os efeitos e a exigibilidade da decisão que aplicou a multa no valor de 10 salários mínimos, com fundamento no art. 265 do Código de Processo Penal, ao advogado Rafael Falconares Almeida; que deixou de apresentar resposta à acusação dentro do prazo previsto em lei.

Ocorre que o então impetrante Rafael se tratava do advogado que havia sido constituído pela ora paciente [REDACTED] no inquérito policial, pela prática do crime disposto no art. 148, § 1º, incisos I e II, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal.

Pelo meu voto, concedia a segurança para invalidar a sanção imposta a Rafael, pois conclui que o causídico realmente havia sido constituído somente para fase inquisitorial; porém, meu voto não prevaleceu, pois a d. maioria denegou a segurança, valendo transcrever trechos do Acórdão da lavra do eminente Desembargador designado, Doutor Edison Brandão:

"O impetrante foi constituído por [REDACTED] na fase administrativa do processo que lhe move a Justiça Pública, pela prática do crime disposto no artigo 148, §1º, incisos I e II, c.c. art. 29, ambos do Código Penal. Da procuração acostada aos autos (fls. 20), consta cláusula ad judicia, a qual lhe confere poderes para atuação em Juízo. O interrogatório em sede policial foi designado para o dia 06.12.2011 e, em 21.06.2012, foi recebida a denúncia e determinada a citação de [REDACTED] para o fim do artigo 396 e 396-A do Código de Processo Penal. Intimado por duas vezes para que apresentasse a devida resposta a acusação, no prazo prescrito em lei, o interessado não o fez, quedando-se inerte (fls. 49 e 75), sendo-lhe, então, estipulado o pagamento de 10 salários mínimos como penalidade.

(...)

Como bem observado pelo d. Juiz de 1ª Instância, as hipóteses de extinção do mandato estão previstas no artigo 682 do Código Civil, e nenhuma delas se amolda o caso dos autos. Com efeito, por óbvio, a propositura da ação penal não é causa de extinção do mandato.

(...)

Ressalve-se a inexistência de qualquer irregularidade na intimação do causídico. Não poderia se pensar em outra providência, uma vez que o artigo 366 do Código de Processo Penal estipula a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional caso o acusado não compareça e não constitua advogado, o que claramente não é o caso dos autos, já que possuía [REDACTED] representante legal constituído".

Pois bem.

Diante das informações prestadas, minuciosamente analisadas nesta oportunidade e, revendo o posicionamento anteriormente adotado, concluo que, in casu, realmente, não se verifica a hipótese de aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal; inexistindo, portanto, qualquer violação à norma constitucional ou a Tratado Internacional, como bem apontado pela

Superior Tribunal de Justiça

ilustrada Procuradoria Geral de Justiça.

Com efeito, se todos os endereços fornecidos pela paciente foram diligenciados e não se logrou êxito em localizá-la, e não comunicado qualquer alteração de endereço; era mesmo caso de citação por edital para apresentar resposta à acusação, além de intimação do advogado com procuração nos autos, o qual permaneceu inerte, vindo a se manifestar somente quando da aplicação da multa por abandono da causa, como dito alhures.

Impende observar que, se existia defesa constituída nos autos, não era mesmo caso de ser aplicado o art. 366 do Código de Processo Penal, que preceitua: "Se o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312".

Tanto assim, que diante da inércia da defesa constituída nos autos, como se viu, foi determinada a citação da paciente por edital para que constituísse novo defensor. Escoado o prazo do edital sem a providência, foram nomeados para a defesa da paciente os defensores públicos em exercício na Vara, que apresentaram resposta à acusação em 13 de novembro de 2014.

Verifica-se dos autos que o magistrado de primeira instância, uma vez não configurada nenhuma das hipóteses do art. 397 do Código de Processo Penal, designou data para a audiência, que se realizou no dia 09 de fevereiro de 2015; onde foram ouvidas quatro testemunhas da acusação e redesignada audiência em continuação para o dia 06 de abril, na qual foram ouvidas duas testemunhas, aguardando-se a devolução das cartas precatórias expedidas para a oitiva das demais testemunhas.

Consta, por fim, que em 07 de abril, a paciente constituiu novo patrono nos autos, que apresentou nova resposta à acusação; foi deferido o pedido de inquirição de testemunhas arroladas, sendo designada audiência para o dia 11 de maio, oportunidade em que as testemunhas compareceriam independentemente de intimação. Ausentes as testemunhas, a defesa da paciente requereu a oitiva juntamente com o interrogatórios dos réus, após o retorno das cartas precatórias, o que foi deferido, estando os autos no aguardo do retorno das cartas precatórias expedidas, para então ser designado os interrogatórios da paciente e do corréu (fls. 132).

Nessa medida, não se depreende dos autos ocorrência de prejuízo processual para a paciente a ensejar a nulidade do processo, pois rigorosamente observadas pela autoridade impetrada todas as garantias constitucionais que norteiam o processo penal.

Quanto aos argumentos que se valeu a defesa para rebater as informações prestadas pelo d. magistrado de origem, afirmando não serem verdadeiros alguns pontos específicos (em momento algum a paciente alterou seu endereço, inverídica a apresentação de nova resposta à acusação; a utilização de jogo de palavras do magistrado deturpando a realidade fática do caso em relação a não realização da audiência devido ao não comparecimento das testemunhas, quando a causa foi de a Serventia não ter procedido à intimação dos advogados da audiência), não são questões que merecem maiores considerações nesta via.

É que, ao positivar nas informações prestadas a esta Corte o desenrolar do processo no juízo de origem, o magistrado goza de fé-pública.

De outro vértice, e, partindo-se da basilar idéia de que a má-fé deve ser provada (ante a presunção da boa-fé), carecem de crédito as alegações dos

Superior Tribunal de Justiça

impetrantes, pois não arrimadas em qualquer elemento constante dos autos, tornando vazia a indigitada tese.

Portanto, não se vislumbra qualquer ilegalidade que justifique a concessão do writ.

Ante o exposto, pelo meu voto, denego a presente ordem de habeas corpus.

Nesta via, a Defesa alega que a paciente, cidadã portuguesa, se encontrava criminalmente processada no Juízo da 17.^a Vara Criminal de São Paulo pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 148, § 1.º, I e II, do Código Penal, "**sem que tivesse ciência de tanto** e pudesse exercer o seu direito de defesa integralmente, vale dizer, desde o início do processo".

Segundo a defesa, "os fatos tidos como delituosos pelo órgão acusador remontam ao dia 30 de abril de 2009, sendo que a investigação policial foi desencadeada por meio de pedido de instauração de inquérito policial datado de 06 de maio de 2009". Contudo, "somente em 23 de novembro de 2011 a paciente veio a tomar ciência da investigação policial, quando seu então advogado teve acesso aos autos e agendou data para que a mesma prestasse esclarecimento nos autos". Dessa forma, "em 07 de dezembro de 2011, a Sra. [REDACTED] foi interrogada e diretamente indiciada pela Autoridade Policial, ocasião em que apresentou sua versão dos fatos, bem como informou seu endereço em Portugal, local onde sempre residiu". Na mesma oportunidade, esclarecem os impetrantes, "foi acostada aos autos procuração conferindo poderes específicos ao antigo patrono da paciente para '*representá-la no Inquérito Policial n.º 11/2009 da Delegacia de Anti-Sequestro de São Paulo*', sendo certo que do instrumento de mandato constava o endereço da paciente, vale dizer, em Portugal, local onde tinha residência fixa".

E continuam os impetrantes: "após o interrogatório policial da paciente, somente em 28 de maio de 2012 sobreveio a denúncia apresentada pelo órgão acusador. O Eminentíssimo Magistrado da 17.^a Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP, por sua vez, recebeu a exordial acusatória e determinou a citação dos denunciados para responderem à acusação, na forma do artigo 396-A do Código de Processo Penal".

Assim, "não obstante a paciente ter declinado seu endereço quando do interrogatório policial, bem como ter acostado aos autos procuração com o mesmo endereço - diga-se, em Portugal -, foi expedido, via carta precatória, mandado de citação para o equivocado endereço que constou do pedido de instauração de inquérito policial, este em Santos/SP; porém, como não poderia deixar de ser, a precatória retornou sem cumprimento". Concomitantemente, "foi expedida carta rogatória a Portugal para a citação da paciente. No entanto, não foi possível sua citação no momento do cumprimento - meses de outubro e novembro de 2013 - uma vez que a mesma estava no Brasil neste período".

Até este ponto, entendem os impetrantes que "a ação penal que se iniciava

Superior Tribunal de Justiça

seguia seu trâmite natural, sem qualquer intercorrência e em absoluto respeito aos ditames e regras processuais; na mais esmerada observância dos procedimentos previstos no Código de Processo Penal".

Ocorre que o juízo "determinou a citação editalícia da Sra. [REDACTED] e, simultaneamente, a intimação do advogado que a representara no já encerrado inquérito policial, para apresentação de resposta à acusação". E, segundo se alega, "é exatamente neste ponto que o processo desvia do seu curso natural e ingressa em tortuoso caminho que culmina com a absurda ilegalidade hoje vivenciada pela paciente".

Ora, apenas em razão do "absoluto desconhecimento da ação penal", afirmam os impetrantes, é que a citação ficta da paciente transcorreu *in albis*, sem que fosse constituído advogado para apresentar resposta à acusação. Note-se que "o advogado anteriormente constituído para representar os interesses da Sra. [REDACTED] no transcorrer do inquérito policial, apesar de intimado em duas ocasiões distintas, deixou de apresentar resposta à acusação. Por óbvio, o patrono deixou de apresentar a sobredita defesa, vez que jamais possuiu *jus postulandi* para atuar na ação penal, até porque fora constituído especificamente para atuar no inquérito policial, que se encerrou com o oferecimento da denúncia".

Deste modo, o juízo de primeira instância "destituíu o advogado por abandono de causa e, de forma absolutamente heterodoxa, para se dizer o mínimo, determinou a intimação da paciente, por edital, para constituir novo defensor, sob 'pena' de lhe ser nomeado Defensor Público para atuar no caso" (o que acabou por ocorrer - e "o Defensor Público, pesa dizer, apresentou resposta à acusação proforma, restringindo, e muito, a amplitude da defesa prevista no artigo 396-A do CPP").

Esclarece, neste ponto, que "após a apresentação da econômica 'resposta à acusação' da Defensoria Pública, o antigo patrono da paciente apresentou petição expondo que: (i) apenas acompanhou a Sra. [REDACTED] em seu interrogatório policial, (ii) nunca representou a paciente no processo-crime em que foi denunciada e (iii) não possui mais contato com a mesma.

O juízo de primeiro grau, contudo, "manteve seu entendimento, aduzindo que a procuração outorgada na fase policial, por possuir cláusula '*ad judicium*', conferia poderes para que o causídico atuasse na ação penal, expondo S. Excelência, ainda, que o aludido mandato não fora revogado".

Agindo assim, sublinham os impetrantes, "ratificou o constrangimento ilegal inicialmente imposto à paciente, gerando inegável prejuízo ao seu direito de defesa, vez que esta sequer tinha conhecimento da ação penal, tampouco pôde constituir defensor de sua preferência para atuar desde o início do processo".

A bem da verdade, afirmam os patronos, é que a Sra. [REDACTED] somente veio a tomar conhecimento da ação penal de origem em 07 de abril de 2015,

Superior Tribunal de Justiça

quando constituiu defensora de sua confiança para atuar nos autos.

O constrangimento ilegal suportado pela paciente, conclui-se, reside na **infringência ao artigo 366 do CPP** (não obstante estarem presentes os requisitos para a suspensão do processo) e **consequente desrespeito ao artigo 8.º.1, "b", do Pacto de San Jose da Costa Rica**, que assegura "*a comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada*".

Por tais razão, defendem, é "nula e teratológica a decisão que determinou o início da instrução - vale dizer, mesmo após a citação editalícia da paciente e seu não comparecimento ao processo ou constituição de advogado para atuar na ação penal -, assim como todos os atos que a seguiram".

Requerem "seja reconhecida e declara a nulidade da r. decisão que deixou de aplicar o artigo 366 do CPP e, em consequência disto, do teratológico ato que indevidamente deu início ao processo contra a paciente".

A liminar foi indeferida às fls. 256/259.

Com as informações (fls. 264/312 e 313/484), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 489/495).

Conforme demonstram os documentos de fls. 504/506, a ação penal está em andamento.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 338.351 - SP (2015/0255801-0)

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, o que impede o seu conhecimento. A Defesa afirma que interpôs, de forma concomitante, o adequado recurso ordinário, que ainda não chegou a esta Corte. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

A alegação é de nulidade por inobservância do art. 366 do Código de Processo Penal.

Eis o teor do acórdão impugnado (fls. 193/206):

Consta dos autos que a paciente foi denunciada em 28 de maio de 2012, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 148, §1º, incisos I e II, c.c. art. 29, ambos do Código Penal, porque a partir do dia 30 de abril de 2009, por volta das 20 horas, até as 19 horas do dia 1º de maio do mesmo ano, na Avenida Dr. Enéas de Carvalho Aguiar, nº 155, Cerqueira César, juntamente Arthur Guerra de Andrade, agindo em concurso de agentes e com identidade de propósitos, consistente em internação em hospital

Superior Tribunal de Justiça

psiquiátrico, privaram a vítima, de 62 anos, de sua liberdade mediante seqüestro e cárcere privado.

Consta, também, que recebida a denúncia foi determinada a citação e intimação da paciente para que se manifestasse, nos termos dos arts. 396 e 396-A, ambos do Código de Processo Penal.

A paciente foi procurada em todos os endereços constantes dos autos, os quais foram informados por ela, mas não foi encontrada, tendo mudado de endereço sem comunicar o juízo. Foi determinada a citação por edital em 05 de maio de 2014 e, posteriormente, em 16 de junho de 2014, a defesa constituída nos autos foi intimada, via imprensa, para os fins do art. 396 do Código de Processo Penal, tendo decorrido in albis o prazo processual previsto em lei.

Em 27 de agosto de 2014 foi aplicada ao advogado de [REDACTED] a multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal, por abandono da causa e determinada a intimação da paciente para constituir novo defensor.

Nesse ponto, interessa registrar que fui o Relator sorteado para apreciar o Mandado de Segurança nº 2181614-16.2014.8.26.0000, cujo objetivo era o de suspender os efeitos e a exigibilidade da decisão que aplicou a multa no valor de 10 salários mínimos, com fundamento no art. 265 do Código de Processo Penal, ao advogado Rafael Falconares Almeida; que deixou de apresentar resposta à acusação dentro do prazo previsto em lei.

Ocorre que o então impetrante Rafael se tratava do advogado que havia sido constituído pela ora paciente [REDACTED] no inquérito policial, pela prática do crime disposto no art. 148, § 1º, incisos I e II, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal.

Pelo meu voto, concedia a segurança para invalidar a sanção imposta a Rafael, pois concluí que o causídico realmente havia sido constituído somente para fase inquisitorial; porém, meu voto não prevaleceu, pois a d. maioria denegou a segurança, valendo transcrever trechos do Acórdão da lavra do eminente Desembargador designado, Doutor Edison Brandão:

(...)

Pois bem.

Diante das informações prestadas, minuciosamente analisadas nesta oportunidade e, revendo o posicionamento anteriormente adotado, concluo que, in casu, realmente, não se verifica a hipótese de aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal; inexistindo, portanto, qualquer violação à norma constitucional ou a Tratado Internacional, como bem apontado pela ilustrada Procuradoria Geral de Justiça.

Com efeito, se todos os endereços fornecidos pela paciente foram diligenciados e não se logrou êxito em localizá-la, e não comunicado qualquer alteração de endereço; era mesmo caso de citação por edital para apresentar resposta à acusação, além de intimação do advogado com procuração nos autos, o qual permaneceu inerte, vindo a se manifestar somente quando da aplicação da multa por abandono da causa, como dito alhures.

Impende observar que, se existia defesa constituída nos autos, não era mesmo caso de ser aplicado o art. 366 do Código de Processo Penal, que preceitua: "Se o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312".

Tanto assim, que diante da inércia da defesa constituída nos autos, como

Superior Tribunal de Justiça

se viu, foi determinada a citação da paciente por edital para que constituísse novo defensor. Escoado o prazo do edital sem a providência, foram nomeados para a defesa da paciente os defensores públicos em exercício na Vara, que apresentaram resposta à acusação em 13 de novembro de 2014.

Verifica-se dos autos que o magistrado de primeira instância, uma vez não configurada nenhuma das hipóteses do art. 397 do Código de Processo Penal, designou data para a audiência, que se realizou no dia 09 de fevereiro de 2015; onde foram ouvidas quatro testemunhas da acusação e redesignada audiência em continuação para o dia 06 de abril, na qual foram ouvidas duas testemunhas, aguardando-se a devolução das cartas precatórias expedidas para a oitiva das demais testemunhas.

Consta, por fim, que em 07 de abril, a paciente constituiu novo patrono nos autos, que apresentou nova resposta à acusação; foi deferido o pedido de inquirição de testemunhas arroladas, sendo designada audiência para o dia 11 de maio, oportunidade em que as testemunhas compareceriam independentemente de intimação. Ausentes as testemunhas, a defesa da paciente requereu a oitiva juntamente com o interrogatórios dos réus, após o retorno das cartas precatórias, o que foi deferido, estando os autos no aguardo do retorno das cartas precatórias expedidas, para então ser designado os interrogatórios da paciente e do corréu (fls. 132).

Nessa medida, não se depreende dos autos ocorrência de prejuízo processual para a paciente a ensejar a nulidade do processo, pois rigorosamente observadas pela autoridade impetrada todas as garantias constitucionais que norteiam o processo penal.

Quanto aos argumentos que se valeu a defesa para rebater as informações prestadas pelo d. magistrado de origem, afirmando não serem verdadeiros alguns pontos específicos (em momento algum a paciente alterou seu endereço, inverídica a apresentação de nova resposta à acusação; a utilização de jogo de palavras do magistrado deturpando a realidade fática do caso em relação a não realização da audiência devido ao não comparecimento das testemunhas, quando a causa foi de a Serventia não ter procedido à intimação dos advogados da audiência), não são questões que merecem maiores considerações nesta via.

É que, ao positivar nas informações prestadas a esta Corte o desenrolar do processo no juízo de origem, o magistrado goza de fé-pública.

De outro vértice, e, partindo-se da basilar idéia de que a má-fé deve ser provada (ante a presunção da boa-fé), carecem de crédito as alegações dos impetrantes, pois não arrimadas em qualquer elemento constante dos autos, tornando vazia a indigitada tese.

Portanto, não se vislumbra qualquer ilegalidade que justifique a concessão do writ.

Ante o exposto, pelo meu voto, denego a presente ordem de habeas corpus.

A meu ver, inexistente a apontada nulidade.

Com efeito, não incide a hipótese do art. 366 do Código de Processo Penal se a paciente tinha advogado constituído nos autos.

Conforme se constata da procuração de fl. 112, conferiu-se ao defensor "amplos poderes para o foro em geral, com cláusula *ad judicium* em qualquer juízo, instância ou Tribunal". O fato de se ter afirmado o fim especial de representá-la no

Superior Tribunal de Justiça

inquérito policial não limita os poderes do defensor, que persistiam mesmo após instaurada a ação penal. Se o advogado não mais atuaria no feito após a denúncia, cabia-lhe renunciar aos poderes, o que não foi feito. Inclusive, tendo em vista a não apresentação da defesa preliminar, o magistrado aplicou-lhe multa, preservada em sede de mandado de segurança.

Dessarte, não é ilegal a decisão do Juiz de primeiro grau que, diante da existência de advogado constituído, determinou a citação editalícia e deu seguimento à ação penal, intimando o defensor para oferecer resposta à acusação. Da mesma forma, adequada a postura do magistrado de, dada a não formulação da peça, determinar a intimação da paciente, por edital, para constituir novo defensor. E, em seguida, nomear-lhe defensor público.

Note-se que a inércia do defensor constituído pela paciente, embora demande a adoção de medidas para garantir a ampla defesa, como a intimação para constituir novo patrono e a posterior nomeação de defensor público, não leva à aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal. Não é essa a hipótese contemplada na norma processual, que, como dito, abrange o réu que, citado por edital, não constituir advogado, e não aquele que já tinha defensor, ainda que diante de eventual displicência deste.

Em hipótese semelhante, confira-se o seguinte julgado desta Corte:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. SUSPENSÃO DO PROCESSO PREVISTA NO ART. 366, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE RECONSIDEROU A DECISÃO DE SUSPENSÃO DO FEITO. POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. ADVOGADA QUE, MESMO INTIMADA, NÃO APRESENTA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO, NOS TERMOS DO ART. 396-A, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. DEFESA QUE, EMBORA TENDO INÚMERAS OPORTUNIDADES PARA APRESENTAR A PEÇA DEFENSIVA, NÃO O FAZ. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA.

1. Para restabelecer a tramitação do processo, impõe-se a prolação de nova decisão, como na hipótese, em que o Juiz, verificando que no caso dos autos descabia a suspensão do feito, determinou o seu prosseguimento.

2. O art. 366 do Código de Processo Penal dispõe que se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional. Destaque-se que a suspensão do feito, prevista no referido dispositivo, não tem caráter definitivo, pois o curso do processo deve ser retomado quando cessada a condição que motivou a suspensão.

3. Na hipótese, nem sequer havia razão para a suspensão do processo, tanto que, percebido o equívoco, o Magistrado determinou o prosseguimento do curso processual, uma vez que presente nos autos Advogada constituída

Superior Tribunal de Justiça

pelo Réu.

4. No caso dos autos, aplicam-se as disposições legais referentes ao procedimento comum após as modificações realizadas pela Lei n.º 11.719/08. Decretada a revelia do Paciente, o Juízo processante determinou o prosseguimento do feito em 12/09/2008 (portanto, quando já em vigor as modificações promovidas pela referida norma). Dessa forma, o Magistrado, ante a ausência de apresentação de resposta à acusação pelo defensor constituído, pela legislação processual penal em vigor é obrigado a nomear defensor público ao Paciente para que a apresente.

5. O Juízo processante realizou todos os atos previstos em lei: ante a inércia do advogado constituído nos autos, devidamente intimado para apresentação de resposta à acusação, o Juiz, nos termos do art. 396-A, § 2.º, do Código de Processo Penal, nomeou ao Réu defensor público para que o fizesse.

6. Foi dada à Defesa a oportunidade de apresentar resposta à acusação. Contudo, embora manifestando-se nos autos, o Defensor Público ateve-se, tão-somente, a questões preliminares, não apresentando qualquer tese de mérito.

7. Não constitui nulidade a nomeação de defensor público para apresentação de resposta à acusação quando o advogado constituído não o faz, uma vez que expressamente previsto no art. 396-A, § 2.º, do Código de Processo Penal. Da mesma forma, não constitui nulidade a ausência de apresentação de resposta à acusação, uma vez que oportunizado o momento à Defesa, nos termos do art. 396-A, do Código de Processo Penal.

8. Ordem denegada.

(HC 153.718/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012)

Ademais, a Defesa não logrou demonstrar a existência de prejuízo real. Da análise dos autos, constata-se que as audiências de instrução, acompanhadas pelo defensor público, ocorreram em 9.2.2015 e 6.4.2015. Já em 7.4.2015 a paciente constituiu nova defensora e peticionou nos autos (fls. 136/137). Inclusive, apresentou defesa preliminar e arrolou testemunhas (fls. 249/251).

É fundamental ter em mente que a disciplina das nulidades não se assenta na forma pela forma, mas, antes, tem em mira o cumprimento de metas, politicamente orientadas, sob o signo do cumprimento do *ethos* justiça. Não sendo trazida à baila qual a influência gerada pela atuação do Poder Judiciário, não haverá nulidade.

A posição ora externada assenta-se no princípio da instrumentalidade das formas. A propósito, eis a lição do Professor Associado da Faculdade de Direito da USP, GUSTAVO BADARÓ:

Como explica Tornaghi, 'a forma, o lugar e o tempo dos atos processuais são determinados com critério teleológico, isto é, para o fim de assegurar certos bens jurídicos que a lei reputa politicamente necessários ou tecnicamente convenientes'. Por isso, as formas não são um fim em si mesmas. Ao contrário, são meios que permitem que o ato atinja seus fins.

O princípio da instrumentalidade das formas equivale ao princípio do prejuízo pelo qual não se anula o ato se da atipicidade não decorreu prejuízo

Superior Tribunal de Justiça

para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 563). Esta regra é a 'viga mestra em matéria de nulidade' (Tourinho). O art. 566 do CPP completa tal regime de flexibilização das formas ao dispor que não se declara a nulidade que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa. Trata-se da conhecida máxima *pas de nullité sans grief*.

Segundo a maior parte da doutrina, o princípio do prejuízo não se aplica às nulidades absolutas, em que o "prejuízo é presumido". Tal posição não é correta por partir da premissa equivocada de que a forma é um fim em si mesma. Atentando-se para o caráter instrumental do processo, conclui-se que, mesmo nos casos em que o vício poderia caracterizar nulidade absoluta, se o ato cumpriu sua finalidade, não há que falar em nulidade. Por sua vez, quanto às nulidades relativas, há consenso de que sua decretação depende da demonstração do prejuízo.

Toda nulidade exige um prejuízo. Há casos em que o prejuízo é evidente. No entanto, isso não se confunde com a não ocorrência, apenas sendo desnecessário demonstrá-lo. Excepcionalmente, mesmo em uma das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido." (*Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 577-578).

Dessarte, como regra geral adotada pelo sistema brasileiro, a anulação de ato processual depende da demonstração de efetivo prejuízo, nos termos do artigo 563 do Estatuto Processual Repressivo, não logrando êxito a Defesa na respectiva comprovação, apenas suscitando genericamente a tese - *pas de nullité sans grief*.

Sobre a temática, fitem-se os seguintes arestos desta Casa de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. POSSIBILIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Hipótese em que se busca a anulação do processo sob o argumento de cerceamento de defesa pelo indeferimento das diligências requeridas pela defesa.

2. O deferimento de diligências está incluído na esfera de discricionariedade regrada do Juiz, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, como ocorreu no caso dos autos. Precedentes.

3. Jurisprudência assente nesta Corte Superior no sentido de que não se reconhece nulidade quando não demonstrado o prejuízo. Ampla defesa assegurada.

4. Recurso ordinário não provido.

(RHC 52.260/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ALEGADA NULIDADE DIANTE DO INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE DILIGÊNCIA EM GRAU RECURSAL. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO

Superior Tribunal de Justiça

EVIDENCIADO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. As alegadas incongruências ou omissões no laudo pericial poderiam ser suscitadas na instância singular, de modo que ao aventar a aludida pretensão na fase recursal já se encontrava acobertada pela preclusão.

3. Analisar a pertinência na renovação probatória perante o Tribunal a quo, além de constituir uma faculdade do Julgador, mostra-se incabível na estreita via do writ, porquanto necessitaria de profunda incursão em matéria fático-probatória, devendo a coação ser manifestamente ilegal, o que não se evidencia no caso.

4. A mera alegação abstrata de cerceamento de defesa diante do indeferimento de diligência não enseja, só por isso, a ocorrência de nulidade do feito, sendo necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu na hipótese vertente.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 332.412/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 06/11/2015)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EVASÃO DE DIVISAS. DILIGÊNCIAS. REQUERIMENTO DE PROVAS FORMULADO PELO PARQUET APÓS ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. DEFERIMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. REFORMA DA LEI N. 11.719/08 QUE INTEGROU A FASE DE DILIGÊNCIAS À DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PROVAS A SEREM PRODUZIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JULGADOR. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - Insurge-se o recorrente contra decisão do magistrado oficiante que, na fase de diligências, deferiu requerimento do Ministério Público Federal a fim de que fosse oficiada a Junta Comercial do Estado da Bahia, para fornecer os contratos sociais da empresa Carballo Faro & Cia. Ltda., da qual o recorrente é sócio, bem como a inquirição dos demais sócios da pessoa jurídica à época dos fatos.

II - Da leitura do art. 402, do Código de Processo Penal, após a reforma promovida pela Lei n. 11.719/08, depreende-se que as diligências integram a fase de instrução processual, sendo momento oportuno para, por exemplo, requisição de documentos e pedidos de oitiva de testemunha, desde que tal circunstância derive de fatos apurados na instrução.

III - O reconhecimento de nulidade em processo penal pressupõe a demonstração do prejuízo, nos termos do art. 563, do Código de Processo Penal, que regulamentou no ordenamento jurídico pátrio o princípio pas de nullité sans grief, o que não ocorreu no caso, uma vez que o requerimento de diligências se deu sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

IV - "Nos termos da jurisprudência deste Sodalício Superior, 'o deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do juiz natural do processo, com opção de indeferi-las, motivadamente, quando julgar que são protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a sua instrução'" (REsp n.

Superior Tribunal de Justiça

1.520.203/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 1º/10/2015).

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 58.181/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 28/10/2015)

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

É como voto.



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 338.351 - SP (2015/0255801-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Ouvidos os debates, modifico meu entendimento inicial e caminho em outro sentido.

A questão, como posta, resume-se a discutir a aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal ao caso. A autoridade coatora entende que não há falar em tal dispositivo, tendo em vista que a paciente se encontrava devidamente representada por advogado.

Assim também decidiu a eminente Relatora.

Penso, *data venia*, de forma diferente. A procuração que se encontra nos autos outorgava poderes específicos ao advogado para atuar exclusivamente no inquérito policial que antecedeu a presente ação penal. Em que pese a referência aos poderes da cláusula *ad judicium*, a procuração se referia a fim especial, de representar a outorgante nos autos do Inquérito Policial n. 11/2009, na Delegacia Antissequestro de São Paulo. A meu ver, tal limitação impede a conclusão de que a paciente estava representada na ação penal.

Ausente a ré (tanto a citação pessoal quanto a citação por edital foram infrutíferas) e inexistindo advogado constituído, a conclusão é pela necessidade de se suspender o feito, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal.

Creio, ainda, que houve prejuízo à paciente, considerando que atos importantes da instrução – oitiva de testemunhas, por exemplo – foram realizados enquanto representada por advogado dativo.

Entendo desnecessária a citação da paciente, tendo em conta que comprovadamente já compareceu aos autos, sendo o caso de se aplicar o art. 570 do Código de Processo Penal.

Superior Tribunal de Justiça

Presente, portanto, nulidade, **não conheço** da impetração, mas **concedo** a ordem **de ofício**, de modo a anular todos os atos praticados a partir do momento em que a suspensão do feito deveria ter ocorrido, facultando a ratificação dos atos em que houve a participação da defesa constituída.



