HABEAS CORPUS Nº 456.247 - SP (2018/0155765-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	JOAO CARLOS PEREIRA FILHO
ADVOGADO	:	JOAO CARLOS PEREIRA FILHO - SP249729
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RODOLFO RAMOS COSTA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RODOLFO RAMOS COSTA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 208167-73.2017.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado por homicídio qualificado, por duas vezes. Após a audiência de instrução, o Ministério Público apresentou aditamento à denúncia.

Relata o impetrante que, após o aditamento, não fora apresentada resposta à acusação, o que nulifica a ação penal.

Impetrado *habeas corpus* no Tribunal de origem, foi a ordem denegada. Eis a ementa do julgado (e-STJ fl. 38):

> *HABEAS CORPUS Mutatio libelli. Ausência de manifestação da defesa. Nulidade. Inocorrência. Paciente e defensor constituído devidamente intimados para manifestação Inexistência de alegação e de demonstração de prejuízo à época dos fatos (pas de nullité sans grief) Constrangimento ilegal não caracterizado Precedentes do C. STJ Ordem denegada.*

No presente *writ*, renovando-se os argumentos da impetração originária, sustenta a defesa que o art. 408 do CPP estabelece a obrigatoriedade da resposta à acusação e, em caso de não apresentação, "o juiz nomeará defensor para oferecê-la", o que afasta o fundamento de que a peça defensiva não é obrigatória.

Alega, ainda, que o prejuízo é evidente, pois o paciente fora

condenado.

Requer, liminarmente, a suspensão cautelar do mandado de prisão até o julgamento colegiado do *habeas corpus*. No mérito, pleiteia o reconhecimento da nulidade processual.

Indeferido o pleito liminar (e-STJ fls. 935/936), opinou o Ministério Público Federal "pelo não conhecimento da ordem de *habeas corpus*" (e-STJ fls. 940/945). Eis a ementa do julgado:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ADITAMENTO DE DENÚNCIA. FALTA DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. DEFESA DEVIDAMENTE INTIMADA. NULIDADE. NÃO SUSCITADA EM MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. PREJUÍZO. NÃO DEMONSTRADO.*
>
> *- O Tribunal de origem considerou que a Defesa, devidamente constituída nos autos e intimada dos atos processuais, não se manifestou na vigência do prazo para a apresentação de resposta à acusação, nem, tampouco, em oportunidades subsequentes, razão pela qual a alegação de nulidade do processo não merece prosperar.*
>
> *- O reconhecimento de eventual nulidade no curso do processo penal prescinde da demonstração clara do prejuízo decorrente, em atenção ao brocardo pas des nulitté sans grief.*
>
> *- O que se observa nos autos é que a suposta nulidade não veio a ser arguida em momento oportuno, qual seja, na primeira oportunidade após a ocorrência do ato tido por ilegal, razão pela qual a matéria se encontra preclusa, não havendo que se falar em nulidade, sobretudo, porque não restaram demonstrados os prejuízos sofridos.*
>
> *- Parecer pelo não conhecimento da ordem de habeas corpus.*

É o relatório. Decido.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e este Superior Tribunal de Justiça, pela sua Terceira Seção, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, **sem olvidar a possibilidade de**

concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Nesse sentido, destaco os seguintes julgados: STF - (HC 104045, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/8/2012, acórdão eletrônico DJe-176, divultado em 5/9/2012, publicado em 6/9/2012); e STJ - (HC 239550/RJ, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 18/09/2012, DJe 26/9/2012).

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

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento de nulidade em razão da ausência de resposta ao aditamento da denúncia, fato ocorrido na 1ª fase procedimental dos crimes dolosos contra a vida.

Foi a questão assim decidida pela Corte de origem (e-STJ fls. 39/42):

> *A ordem deve ser denegada.*
>
> *O paciente foi denunciado como incurso, duas vezes, no artigo 121, § 2º, I e IV, do Código Penal c.c. artigo 1º, I, da Lei 8.072/90, porque no dia 12 de fevereiro de 2009, por volta das 21h45, na Rua João Rohwedder, nº 613, Parque Casarão, na cidade de Sumaré, em concurso de agentes com Robson Moraes da Costa, Tiago Pereira Nunes e Alexandre Pereira de Souza, por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, efetuou disparos de arma de fogo contra F. C. de O., produzindo-lhe os ferimentos que o levaram a óbito.*
>
> *Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o paciente e os corréus, agindo em concurso, por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, efetuou*

disparos de arma de fogo contra M. A. C. de O., produzindo-lhe os ferimentos que a levaram a óbito (denúncia às fls. 191/195).

Após regular tramitação, em 09.12.2009 realizou-se audiência de instrução em que a autoridade impetrada intimou o paciente, os corréus e seus defensores a se manifestarem, na forma do artigo 384 do CPP, em relação ao aditamento à denúncia apresentado pelo Ministério Público (cf. fls. 68).

Decorrido in albis o prazo para o paciente, em 25.01.2010 realizou-se nova audiência de instrução em que a autoridade impetrada recebeu o aditamento à denúncia, colheu o depoimento das testemunhas e interrogou o paciente e corréus; em seguida, encerrou a instrução processual (cf. fls.82).

Posteriormente em 10.02.2010 o Ministério Público pugnou a nomeação de defensor dativo para que oferecesse tal manifestação, a fim de se evitar eventual nulidade (cf. fls. 83). Em 18.02.2010 o juízo indeferiu o pedido nos seguintes termos: "a resposta a acusação é uma faculdade da defesa. O que acarreta nulidade processual é a falta de intimação para tal fim, o que não é o caso dos autos." (cf. fls. 84).

Logo, a discussão posta cinge-se ao reconhecimento ou não de nulidade a partir desta decisão, pois, segundo o impetrante, a apresentação de manifestação da defesa seria obrigatória e, em caso de inércia, deveria ter sido nomeado defensor dativo, nos termos do artigo 408 do CPP.

Pois bem.

Não há nulidade a ser declarada e a ação penal deve seguir seu regular trâmite. Como bem apontado pela autoridade impetrada, a situação que acarreta nulidade processual na hipótese de mutatio libelli é a ausência de intimação da defesa e não a da apresentação de sua manifestação.

E, como se depreende dos autos, o paciente e sua defensora à época a Dra. Maria Helena Campos de Carvalho foram devidamente intimados do oferecimento do aditamento à denúncia (cf. fl. 83) e quedaram-se inertes. Portanto, a ausência de manifestação da defesa decorreu única e exclusivamente de sua própria opção. Desse modo, não há que se falar em prejuízo e, consequentemente, em nulidade.

Neste sentido vem decidindo o C. STJ:

(...) ADITAMENTO À DENÚNCIA. MUTATIO LIBELLI. ART. 384, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. (...). FATO NOVO OBJETO DO CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO FEITO A PARTIR DO ADITAMENTO. INTIMAÇÃO À DEFESA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA À AMPLA

DEFESA. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. (...) ORDEM DENEGADA.

1. Não há nulidade em aditamento à denúncia (mutatio libelli) quando oferecida a oportunidade para a manifestação da defesa.

2. Se a defesa não se pronuncia sobre o aditamento, não há falar em ocorrência de nulidade por violação à ampla defesa, diante da preclusão. 3. É pacífico na jurisprudência desta Corte que, no processo penal, vige o princípio do pas de nullité sans grief (art. 563, do CPP), sendo ônus do interessado demonstrar o prejuízo a que teria sido submetido em face da nulidade argüida, o que não ocorreu na hipótese. (...) 6. Ordem denegada. (HC 100.874/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 09/12/2008).

Ademais, o paciente compareceu à próxima audiência em que houve o recebimento do aditamento acompanhado da mesma advogada (fl. 82) e, naquela ocasião, não houve qualquer manifestação quanto à suposta nulidade ora arguida. Como se não bastasse, em sede de alegações finais, apresentou memoriais subscritos pela mesma advogada, que novamente não fez menção à nulidade (fl. 96).

Conclui-se então que está ausente qualquer demonstração de prejuízo nos autos e que a matéria está preclusa. Além disso, como durante toda a tramitação do aditamento à denúncia o paciente contava com defesa técnica regulamente nomeada, não há que se cogitar em aplicação do artigo 408 do CPP ao caso.

Por fim, para que se afaste qualquer dúvida quanto a eventual excesso de prazo, verifiquei, através de consulta ao sistema SAJ, que a ação penal segue regular trâmite. E anoto, pois oportuno, que o Plenário designado para 01.06.2017 não se realizou devido à ausência injustificada do defensor do paciente; tal situação ensejou o reconhecimento do abandono de defesa, a imposição de multa consistente em 40 salários mínimos e a redesignação do ato para 30.11.2017 (cf. decisão de 31.06.2017).

Logo, nos limites da discussão autorizada no habeas corpus, não há como reconhecer o constrangimento ilegal capaz de declarar a nulidade do ato.

Ex positis, denega-se a ordem.

Observa-se, pela leitura do acórdão impugnado, que o entendimento do Tribunal de origem encontra-se em harmonia com a

jurisprudência desta Corte Superior, pois "na primeira fase dos processos submetidos ao rito do Tribunal do Júri, a defesa, por ocasião do oferecimento da resposta à acusação, deve arrolar as testemunhas que pretenda sejam ouvidas, requerer diligências e alegar tudo o que interesse à sua defesa, sob pena de preclusão, conforme disposição do artigo 406, § 3º, do Código de Processo Penal." (RHC n. 77.091/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 16/2/2017, DJe 22/2/2017).

Na espécie, a defesa constituída do paciente foi devidamente intimada do aditamento à denúncia e deixou transcorrer o prazo para apresentação da resposta. Sendo assim, operou-se a preclusão. Ademais, "as nulidades da instrução criminal nos processos de competência do júri devem ser arguidas no momento das alegações finais, nos termos do artigo 571, inciso I, do Código de Processo Penal" (AgRg no AREsp n. 1204288/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 7/6/2018, DJe 15/6/2018)

Por fim, como salientado pelo acórdão recorrido, no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há efetivo prejuízo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e do enunciado da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, o que não ficou demonstrado na hipótese (cf. AgRg no REsp. 1.581.805/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 1/7/2016). Na espécie, a defesa não demonstrou objetivamente o prejuízo causado pela ausência de resposta ao aditamento à denúncia, em particular porque, posteriormente, foram apresentadas alegações finais e nada foi indagado a respeito da matéria.

Assim, inexiste o apontado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus.*

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator