RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 103.814 - SP (2018/0260449-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	JOAO CARLOS DE PAULA (PRESO)
ADVOGADOS	:	RAFAEL PEREIRA DA ROCHA - SP315418
		VANDERSON PEREIRA LADISLAU - SP336382
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por JOÃO CARLOS DE PAULA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento do HC n. 2116875-92.2018.8.26.0000.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, pelo crime de tentativa de homicídio. Transitada em julgado a sentença, o paciente foi preso.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na origem, alegando deficiência na defesa do paciente, o que lhe causou sérios prejuízos. O Tribunal de origem denegou a ordem, em acórdão de fls. 424/430.

No presente recurso, a defesa alega *"caracterizado o constrangimento ilegal, vez que o paciente foi condenado pelo Tribunal do Júri sem que tenha lhe sido proporcionada defesa técnica efetiva, deve-se declarar o processo nulo desde a sessão de julgamento"* (fl. 437).

Aduz que não suscitou na apelação qualquer nulidade a esse respeito, mas por ser matéria de ordem pública, deve ser conhecida de ofício pelo julgador, devendo ser sanada por meio do *writ.*

Sustenta que não pretende o análise de provas, mas o reconhecimento de que a defesa do recorrente foi falha.

Aponta diversas ilegalidades ocorridas na persecução penal.

Requer, assim, em sede liminar, a suspensão da decisão condenatória com a expedição de alvará se soltura. No mérito, busca a declaração da nulidade da sessão de julgamento realizada em 17/01/2012, autos n. 052.09.000120-8.

A liminar foi indeferida às fls. 513/514.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do reclamo às

fls. 519/529.

É o relatório.

Conforme relatado, busca-se no presente *writ* o reconhecimento da existência de nulidade absoluta por deficiência da defesa técnica.

Inicialmente, é certo que esta Corte Superior sedimentou entendimento segundo o qual, a inexistência de defesa técnica constitui nulidade absoluta, cujo reconhecimento dispensa a demonstração do prejuízo. Todavia, a deficiência da defesa configura nulidade relativa, sendo imprescindível, para seu reconhecimento, a demonstração do efetivo prejuízo sofrido, nos termos do enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> *"No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência, só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu".*

No caso, o acórdão recorrido encontra-se fundamentado nos seguintes termos, *in verbis*:

> *No mais, não procede o pedido de reconhecimento de nulidade decorrente da "deficiência" do defensor que, ao que parece, representou o paciente durante todo o processo. O fato da tese de defesa adotada pelo advogado ser, na opinião dos impetrantes, "pífia" e, portanto, ineficiente e repleta de "graves falhas", não tem o condão de, por si só, revelar situação de ausência de defesa apta a anular o processo.*
>
> *Ademais, o principal questionamento dos impetrantes em relação à alegada deficiência esbarra no modo como o advogado constituído pelo paciente conduziu o processo e a defesa do acusado e, tal análise, é absolutamente subjetiva, vez que sob a ótica dos impetrantes, outra tática de defesa poderia ser adotada e seria melhor. E, por ser tão subjetiva ou seja, não ser uma constatação evidente como desejam os impetrantes - não pode ser aqui apreciada, vez que não comporta o habeas corpus largueza necessária para tal. É cediço que qualquer análise que enseja exame de «, "w Lo o circunstâncias fáticas que, no caso, não estão evidentes, é absolutamente inviável em a> o sede de habeas corpus.*
>
> *V) o Por fim, o simples fato de deixar de interpor recurso extraordinário não tem o condão de, por si só, revelar situação de ausência de defesa, ainda mais se considerando que seu exercício funda-se no princípio da voluntariedade recursal, inexistindo a imposição ao defensor de apresentar tal recurso, cujas hipóteses são bastante restritas* (fls. 429/430).

Na hipótese, não há que se confundir ausência ou deficiência de defesa com discordância de tese defensiva assumida pelo advogado que atuou anteriormente no feito. Deficiência de defesa não se confunde com o entendimento pessoal do atual representante do recorrente quanto à técnica de defesa escolhida pelo causídico anterior.

Ademais, esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento de que a deficiência da defesa constitui nulidade relativa, sendo necessária a demonstração do prejuízo, nos termos da Súmula 523/STF.

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, I E IV DO CP). ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. PROVA NÃO JUDICIALIZADA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEFESA. NÃO CONFIGURADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.*
>
> *I - As nulidades da decisão de pronúncia devem ser arguidas no momento oportuno e por meio do recurso próprio, sob pena de preclusão.*
>
> *II - Se a Defesa, no recurso em sentido estrito, se insurgiu apenas com relação à prova da autoria, requerendo absolvição sumária, está preclusa a matéria relativa a eventual nulidade da pronúncia, por excesso de linguagem ou por ter se fundamentado em prova não judicializada.*
>
> ***III - Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa constitui nulidade absoluta da ação penal. Eventual alegação de insuficiência de defesa, para que seja apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo, tratando-se, pois, de nulidade relativa, nos termos da Súmula 523 do STF: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".***
>
> ***IV - Não há que se falar em ausência de defesa, se esta acompanhou todos os atos do processo e inclusive apresentou recursos, exercendo o múnus dentro da autonomia concedida pelo mandato que lhe foi outorgado. Inviável classificar como insatisfatória a atuação dos causídicos anteriores apenas porque os novos advogados constituídos não concordam com a linha de defesa exercida até então.***
>
> *Recurso ordinário conhecido e não provido* (RHC 76.822/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 23/08/2017)

> *HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS E TENTADO. CONDENAÇÃO. REVISÃO CRIMINAL. NULIDADE PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. MOMENTO DA CITAÇÃO.*

AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DEFICIÊNCIA DE DEFESA NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO.

1. Hipótese em que, embora alguns corréus tenham sido ouvidos anteriormente à citação do ora paciente, o interrogatório deste, assim como a instrução processual, com a oitiva das testemunhas, se deu após a citação editalícia. Ademais, foi consignado que nenhum dos corréus ouvidos anteriormente prestou declarações que incriminassem o paciente, não logrando a Defesa demonstrar o efetivo prejuízo sofrido. Incide, pois, o princípio pas de nullité sans grief, preconizado no art. 563 do Código de Processo Penal.

2. Não há falar em deficiência de defesa se a Defensoria Pública atuou de forma satisfatória, esteve presente em todas as audiências, formulou perguntas a uma testemunha e apresentou todas as peças defensivas. Justificou, na defesa prévia, que não arrolou testemunhas por não ter recebido indicação do paciente. Ademais, interpôs recurso de apelação, não sendo demonstrado o prejuízo supostamente sofrido pelo paciente. Incide a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

3. Habeas corpus denegado (HC 381.061/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 30/05/2017)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPTAÇÃO, FURTO QUALIFICADO E USO DE DOCUMENTO FALSO. ALEGADA NULIDADE POR DEFICIÊNCIA NA DEFESA TÉCNICA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. SÚMULA 523/STF. RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICIALIDADE SUPERVENIENTE. JULGAMENTO DA APELAÇÃO DEFENSIVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, a vigência no campo das nulidades do princípio pas de nullité sans grief impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atinge a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.

3. "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal).

> ***4. No caso concreto, os pacientes foram devidamente assistidos por advogado constituído durante todo o feito, inexistindo qualquer constrangimento ilegal.***
>
> *5. A superveniência do julgamento da apelação defensiva prejudica o pleito de recorrer em liberdade.*
>
> *6. Habeas corpus não conhecido* (HC 348.540/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 09/05/2017).

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XVIII, alínea *b*, do Regimento Interno do STJ, nego provimento ao recurso ordinário constitucional.

Publique-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator