HABEAS CORPUS Nº 503.136 - SP (2019/0099469-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	MAURO ATUI NETO E OUTRO
ADVOGADOS	:	MAURO ATUI NETO - SP266971
		LUIZ PIRES MORAES NETO - SP204331
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	PAULO EDUARDO PIGNATA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de PAULO EDUARDO PIGNATA contra decisão monocrática proferida pelo Desembargador Relator do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu o pedido liminar contido no HC n. 2067738-10.2019.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976, visto que, no dia 8/3/2003, nas dependências do "Shopping Center Norte", juntamente com outros acusados, guardava e transportava 45,247 kg de cocaína para consumo de terceiros.

Seguindo o rito processual definido pela Lei n. 10.409/2002, o paciente foi condenado, pela prática dos crimes tipificados, à época, nos arts. 12, *caput*, e 14 da Lei n. 6.368/1976, ambos c/c art. 69 do Código Penal, à pena de 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, facultando-lhe o recurso em liberdade (e-STJ fls. 49/62).

O Juízo de primeiro grau expediu carta precatória para intimar o paciente acerca da sentença condenatória e colher sua manifestação quanto ao desejo de recorrer.

Sob o fundamento de equívoco na certidão de intimação da sentença, a defesa impetrou *habeas corpus*, com pedido liminar, perante a Corte local. Todavia, por decisão monocrática da lavra do Desembargador Relator Marco Antonio Marques da Silva, integrante da 6ª Câmara Criminal do TJSP, o pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 20/21).

No presente *writ*, os impetrantes argumentam que o

Desembargador ocasionou constrangimento ilegal ao permanecer inerte ante a violação da amplitude de defesa e do contraditório, em razão da ausência de prova da real intimação do paciente dos termos da sentença condenatória.

Aduz que a nulidade é flagrante, portanto, capaz de superar o Enunciado Sumular de n. 691 do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, quando da intimação pessoal da sentença ao paciente, o "Oficial de Justiça não apresentou qualquer explicação sobre as opções do ora paciente,posto que o termo de recurso foi acostado aos autos apenas e tão somente com um tímido 'X' da opção de que o paciente desejaria recorrer, sem que qualquer outro dado processual ou qualificativo fosse declinado no termo, ou, até mesmo, qualquer assinatura ali fosse exarada" (e-STJ fl. 10).

Requer, liminarmente, seja suspensa a ordem de prisão e de execução da pena até o julgamento definitivo deste *writ.* No mérito, seja concedida a ordem para anular o trânsito em julgado, determinando-se o processamento do recurso perante a 2ª instância.

É o relatório. **Decido.**

Com efeito, não se admite *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar proferida em impetração originária, por configurar indevida supressão de instância, consoante dispõe o Enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Em situações excepcionais, entretanto, como forma de garantir a efetividade da prestação jurisdicional nas situações de urgência, uma vez constatada a existência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, é possível a superação do mencionado enunciado sumular (HC n. 318.415/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe de 12/8/2015).

O Relator da ação originária, no dia 4/4/2019, entendeu não haver ilegalidade flagrante a justificar o deferimento de urgência, nestes termos (e-STJ fls. 20/21):

> *" Daniel Leon Bialski c Guilherme Pereira Gonzalez, Advogados, impetram ordem de Habeas Corpus, com pedido liminar, em prol de PAULO EDUARDO PIGNATA, pleiteando, liminarmente a suspensão da ordem de prisão e da execução da pena até o julgamento do presente writ no qual requerem a anulação do processo desde a intimação da sentença condenatória, cancelando-se o trânsito em julgado. Alegam constrangimento ilegal, uma vez que entendem haver equivoco na certidão de intimação da sentença.*
>
> *No entanto, a providencia liminar em habeas corpus é excepcional, razão pela qual está reservada para os casos em que avulta flagrante o constrangimento ilegal. E essa não é a hipótese dos autos.*
>
> *Por conseguinte indefiro a cautela requerida, reservando-se a Col. Turma Julgadora a solução da questão em toda a sua extensão.*
>
> *Processe-se o presente writ, providenciando-se a notificação da autoridade apontada como coatora, a fim de que preste as informações em 48 (quarenta e oito) horas, ouvindo-se, em seguida, a Procuradoria Geral de Justiça."*

No caso em questão, não visualizo manifesta ilegalidade capaz de promover a superação do mencionado enunciado sumular.

Isso porque, a suposta ausência de intimação do paciente a respeito da sentença penal condenatória ainda não foi analisada pelo Colegiado do Tribunal *a quo*, fato que impede o exame da matéria, primeiramente, por esta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, proferidos, respectivamente, por suas 5ª e 6ª Turmas:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CALÚNIA. INJÚRIA. DIFAMAÇÃO. CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES. POR MEIO QUE FACILITE A DIVULGAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART.932, III, CPC (ART. 3º DO CPP). ART. 34, XVIII, DO RISTJ. NÃO CONFIGURAÇÃO. NULIDADES. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA CONFIGURADA.*

INVIABILIDADE DE EXAME DA MATÉRIA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA OU DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ADVOGADO EM CAUSA PRÓPRIA. INTIMADO. INÉRCIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E COOPERAÇÃO. NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA. CONTINUIDADE. CRITÉRIO OBJETIVO ATENDIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. LEGALIDADE. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. RECURSO DESPROVIDO.

I - O art. 932, III, do CPC, aplicável por força do art. 3º do CPP, estabelece como incumbência do Relator "não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida". Na mesma linha, o RISTJ, no art. 34, XVIII, dispõe que o Relator pode decidir monocraticamente o recurso ou pedido inadmissível, bem como negar ou dar provimento a recurso quando o pedido, ou o acórdão, for "contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante sobre o tema."

II - " Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte" (RHC 81.284/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 30/8/2017).

III - É assente nesta Corte o entendimento de que o efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões apresentadas pelas partes, diante do princípio da dialeticidade que impera nos recursos no âmbito do processo penal, a fim de se garantir o devido processo legal e o contraditório.

IV - Inviável o conhecimento por esta Corte de Justiça de matéria não analisada pelo eg. Tribunal de origem, no caso, nulidade em face da não oitiva de testemunha, ausência de intimação de advogado dativo ou da Defensoria Pública acerca de atos do processo, configurada a supressão de instância. Precedentes.

V - Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a ausência 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".

VI - No caso, não há que se falar em ausência ou deficiência de defesa, uma vez que é possível aferir que o paciente advogou em causa própria durante a maior parte da tramitação da ação penal, deixando de se manifestar em várias oportunidades, embora devidamente intimado para tanto, mais de uma vez em alguns casos.

VII - Ora, não pode agora o paciente, sob o argumento de que está configurada ausência de defesa, se insurgir contra fato que ele próprio deu causa, ao deixar de ser manifestar nos autos quando advogava em causa própria, embora devidamente intimado, considerando que vige no sistema processual penal o princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, não sendo lícito à parte arguir vício para o qual concorreu em sua produção, sob pena de se violar o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza - nemo auditur propriam turpitudinem allegans. VIII - A via do habeas corpus somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se comprovada flagrante ilegalidade, sem que seja necessária análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a "dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 178/2017).

IX - In casu, a pena-base foi majorada em razão dos maus antecedentes, afirmando o v. acórdão vergastado que o paciente já teria sido condenado anteriormente em razão de crimes idênticos e apontando a ação penal. A Defesa não logrou elidir a afirmação, sendo certo que a instrução do habeas corpus com prova pré-constituída do direito alegado é ônus da parte, quando impetra a ordem, não havendo que se falar em intimação para juntada tardia de documentos e tampouco em determinação, por esta Corte, de instrução do feito pelo eg. Tribunal de origem. X - As circunstâncias e consequências dos delitos foram adequadamente avaliadas pelas instâncias ordinárias, que entenderam que o paciente cometeu os crimes de injúria, calúnia e difamação contra Juiz de Direito, por meio das

redes sociais, elementos que ultrapassam sobremaneira os descritos no próprio tipo e nas causas de aumento reconhecidas, não havendo que se falar em bis in idem. XI - A unificação das penas em vista da aplicação do art. 71 do CP deve observar o critério objetivo da quantidade de delitos cometidos. No caso de ser imprecisa a quantidade de condutas, é possível a fixação da pena pouco acima do mínimo legal, como ocorreu na espécie.

XII - Por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário do col. Pretório Excelso reafirmou sua jurisprudência no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 25/11/16).

XIII - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, de forma que é possível a determinação do cumprimento provisório da pena privativa de liberdade.

XIV - No presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no HC 453.621/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 23/10/2018, DJe de 30/10/2018)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO ESCALONADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. NULIDADES. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. MATÉRIA PRECLUSA. INVIABILIDADE DE EXAME DIRETO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INÉPCIA. NÃO RECONHECIMENTO. CONFORMIDADE LEGAL. ART. 41 DO CPP. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA. PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, "prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ" (HC n. 320.306/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 11/10/2016), não admite que o remédio

constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio. Essa compreensão é ressalvada apenas em situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

2. Esta Corte Superior também tem entendimento de que, em homenagem ao art. 563 do CPP, não se declara a nulidade de ato processual se a arguição do vício: a) não foi suscitada em prazo oportuno e b) não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte.

3. A tese de nulidade do julgamento dos embargos opostos pela acusação à decisão de pronúncia, por ausência de intimação prévia da defesa, não foi examinada pelo Tribunal a quo e contra essa omissão não foram opostos embargos declaratórios pela defesa. Nessa quadra, é inviável ao Superior Tribunal de Justiça emitir pronunciamento imediato sobre a questão, sobretudo porque preclusa, sob pena de incidir em supressão de instância. 4. Ainda que se trate de matéria juridicamente relevante, como não foi examinada pela Corte de origem, não há como o Superior Tribunal de Justiça, dentro da competência que lhe foi outorgada pela Constituição Federal, aferir a ilegalidade ou teratologia do acórdão, se os fundamentos de fato e de direito ali empregados para manter a decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau não versam sobre a controvérsia jurídica ora apresentada. Precedentes do STF e do STJ.

5. A denúncia deve ser recebida se, atendido seu aspecto formal (art. 41, c/c o art. 395, I, do CPP) e identificada a presença tanto dos pressupostos de existência e validade da relação processual quanto das condições para o exercício da ação penal (art. 395, II, do CPP), a peça vier acompanhada de lastro probatório mínimo a amparar a acusação (art. 395, III, do CPP).

6. Se o órgão acusador apontou, satisfatoriamente, a existência de indícios de autoria e materialidade delitivas, aptos a deflagrar a ação penal, não há nulidade a ser reconhecida. Ademais, para a primeira fase da persecução penal somente é necessário um juízo de probabilidade, esse existente nos autos.

7. Não bastasse, verifica-se que a defesa não se descurou de demonstrar o prejuízo concreto que estaria sendo suportado pelos pacientes, derivado do oferecimento da denúncia nos termos já descritos, se a exordial acusatória apresentou narrativa congruente dos fatos, de forma suficiente a garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa.

8. Também não há que se falar em excesso de linguagem, se, da

> *forma como foi descrita, a pronúncia apenas sintetizou bem os fatos, com espeque nas provas até então colhidas, para destacar a prova da materialidade delitiva, os indícios de autoria e das circunstâncias em que supostamente se deu o crime - homicídio qualificado pelo meio cruel e pelo emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima -, de maneira a permitir uma possível incidência de parte das qualificadoras apontadas pela acusação, sem expressar, para tanto, a convicção pessoal do Juízo singular quanto à culpa dos acusados.*
>
> *9. Denegada a ordem.*
>
> *(HC 380.034/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 21/6/2018, DJe de 1/8/2018)*

Por conseguinte, sob pena de se incorrer em supressão de instância e em patente desprestígio às instâncias ordinárias, deve-se aguardar a manifestação de mérito do Tribunal de origem, não sendo possível a verificação, de plano, de qualquer ilegalidade na decisão que indeferiu a liminar postulada no *writ* originário.

Ante o exposto, com base no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **indefiro liminarmente** o presente *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator