**HABEAS CORPUS Nº 504.608 - SP (2019/0107821-3)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK** |
| IMPETRANTE | : | MAIKON FIRMINO RODRIGUES |
| ADVOGADO | : | MAIKON FIRMINO RODRIGUES - SP385457 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | W W DE S (PRESO) |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de W W DE S, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0012492-62.2016.8.26.0196.

Consta dos autos que o paciente foi absolvido em primeiro grau do delito tipificado no art. 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável).

Irresignado, o Ministério Público Estadual apelou perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso em acórdão assim ementado (fl. 60):

> *EMENTA: ACUSAÇÃO DA PRÁTICA, PELO RÉU, DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217- A) – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA FUNDADA NA INSUFICIÊNCIA DO ACERVO PROBATÓRIO (CPP, ART. 386, VII).*
>
> *APELO MINISTERIAL BUSCANDO A CONDENAÇÃO DO RÉU NOS TERMOS DA DENÚNCIA.*
>
> *CABIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS PALAVRAS DA VÍTIMA QUE SE DEVEM CONSIDERAR COM PRIMAZIA, CORROBORADAS NO CASO POR TESTEMUNHOS INSUSPEITOS NARRATIVA EXCUSATÓRIA DO RÉU INFIRMADA AUSÊNCIA DE CONCLUSÃO PERICIAL SOBRE A OCORRÊNCIA DE LESÕES QUE NÃO INFIRMA, POR SI, A ACUSAÇÃO, COMPROVANDO-SE A PRÁTICA DE ATOS LIBINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL CONTRA MENOR DE 14 ANOS SENTENÇA REFORMADA PARA CONDENAR O RÉU PELA PRÁTICA DO CRIME SEXUAL, EFETUADA A DOSAGEM DA REPRIMENDA EM CONSONÂNCIA COM O REGRAMENTO APLICÁVEL, ESTIPULANDO-SE REGIME INICIAL ADEQUADO E SUFICIENTE NA HIPÓTESE RECURSO PROVIDO.*

No presente *mandamus*, sustenta o impetrante que *"embora a Defensoria Pública por meio de um de seus defensores tenha confeccionado a defesa do paciente, esta foi realizada de forma deficiente, o que por força legal determina nulidade relativa"*

(fl. 7) e que ainda que seja imprescindível demonstrar-se o prejuízo, no caso concreto, *"o maior prejuízo na oportunidade é sua liberdade, já que este não tinha conhecimento de sua condenação"* (fl. 9).

Requer, assim, *"a concessão da liminar para que seja determinado que o paciente seja posto em liberdade imediatamente com a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente, e, após as informações prestadas pela autoridade coatora, requer seja definitivamente concedida a ordem para a que Paciente aguarde a definição de seu processo em liberdade*" (fl. 11).

Brevemente relatado, decido.

Não há como dar seguimento ao pedido.

Ocorre que a alegação de deficiência na defesa por parte da Defensoria Pública não foi submetida ou analisada perante o Tribunal Estadual, circunstância que impede a manifestação desta Corte Superior sobre o tema, vedada a supressão de instância.

São precedentes nossos:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DEFESA TÉCNICA DEFICIENTE. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 523/STF. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTADAS AS VIAS RECURSAIS EM SEGUNDA INSTÂNCIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.*
>
> ***1. O argumento de deficiência de defesa técnica, pugnando-se pela nulidade da ação penal, não foi levado à discussão ao Tribunal local, não podendo, aqui, ser analisado, sob pena de indevida supressão de instância.***
>
> *2. No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu - Súmula n. 523/STF.*
>
> *3. Não viola o princípio da presunção de inocência a execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de apelação, ex vi do decidido pela Corte Suprema nos autos do HC n. 126.292/SP, mormente quando esgotadas as vias recursais em segundo grau.*
>
> *4. Habeas corpus denegado. (HC 442.083/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 29/06/2018)*

> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO.*

*ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. ALEGADA DEFICIÊNCIA TÉCNICA DA DEFESA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 523/STF. WRIT 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.*

***2. 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.***

***3. Com efeito, "mesmo se tratando de nulidades absolutas e condições da ação, é imprescindível o prequestionamento, pois este é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias"*** *(AgRg no AREsp 872.787/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016).*

*4. De mais a mais, "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" (Súmula 523/STF) , inocorrente na espécie.*

*5. Habeas corpus não conhecido. (HC 349.782/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 12/12/2017)*

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA E DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT 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.*

***2. Conforme entendimento deste 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.***

***3. As teses de nulidade da ação por ausência de notificação do paciente para apresentar defesa prévia, bem como por deficiência na defesa técnica, não foram objeto de julgamento pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.***

***4. "A alegação de deficiência da defesa deve vir acompanhada de prova de inércia ou desídia do defensor, causadora de prejuízo concreto à regular defesa do réu" (RHC 39.788/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 25/2/2015), o que não se verifica no caso em exame.***

*5. Writ não conhecido. (HC 287.808/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2017)*

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. USO DE ALGEMAS SEM FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. ALEGAÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. AUSÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. DEBATE DO TEMA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE ENTREVISTA PRÉVIA DO PACIENTE COM A ADVOGADA. INFORMAÇÃO NOS AUTOS EM SENTIDO CONTRÁRIO. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*

*1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso próprio, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.*

*2. Em se tratando de nulidade relativa, indispensável sua alegação em momento oportuno e a demonstração de prejuízo.*

*3. No caso, a defesa do paciente não alegou a nulidade decorrente do uso de algemas, sem fundamentação, no momento em que lhe coube suscitar o alegado vício, nem demonstrou a existência de prejuízo, essencial ao reconhecimento da nulidade.*

***4. Evidenciado que o Tribunal de origem não analisou a questão relativa à deficiência da defesa técnica, inviável o conhecimento originário do tema por este Superior Tribunal, por configurar indevida supressão de instância.***

*5. Improcede a alegação de nulidade decorrente da ausência de entrevista prévia do acusado com sua defensora, quando existente informação nos autos em sentido contrário, bem como dando conta de que não se pleiteou que a entrevista fosse reserva e em maior tempo.*

*6. Habeas corpus não conhecido. (HC 315.307/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 25/10/2016)*

Ante todo o exposto, nos termos do art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, indefiro liminarmente o presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Brasília (DF), 16 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator