

23/11/2010

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 104.723 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: EVANDRO CORRÊA BARADEL
ADV.(A/S)	: SHEILA HIGA
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Constitucional e processual penal. Arts. 133 e 5º, inciso LV da CB/88. Trânsito em julgado de decisão que negou provimento a recurso de apelação interposto pela defesa. Falecimento do único advogado constituído, resultando impossibilitada a intimação do acórdão. Violação ao contraditório e à ampla defesa. Desconstituição do trânsito em julgado e devolução do prazo recursal. Manutenção da liberdade do paciente, que respondeu solto à ação penal.

1. A Constituição da República determina que "*o advogado é indispensável à administração da justiça*" (art. 133). É por intermédio dele que se exerce "*o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*" (art. 5º, LV).

2. O falecimento do patrono do réu, dias antes da publicação do acórdão do TJ que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, consubstancia situação relevante. Isso porque, havendo apenas um advogado constituído nos autos, a intimação do acórdão tornou-se impossível após a sua morte. Em consequência, o paciente ficou sem defesa técnica. Há, no caso, nítida violação ao contraditório e à ampla defesa, a ensejar a desconstituição do trânsito em julgado do acórdão e a devolução do prazo recursal, bem como a restituição da liberdade do paciente, que respondeu à ação penal solto.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO



Supremo Tribunal Federal

RHC 104.723 / SP

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso ordinário em **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 23 de novembro de 2010.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

23/11/2010

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 104.723 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: EVANDRO CORRÊA BARADEL
ADV.(A/S)	: SHEILA HIGA
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO**O EXMO. SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Cuida-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto pela advogada Sheila Higa em favor de **Evandro Corrêa Baradel**, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido no julgamento do **Habeas Corpus** nº 100.598/SP, Relator o Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, impetrado àquela Corte.

O paciente foi denunciado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 70, ambos do Código Penal.

Em 23/6/05, o Juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Santo André/SP condenou o paciente à pena de seis (6) anos, dois (2) meses e vinte (20) dias de reclusão e multa (fls. 168/176).

O paciente interpôs recurso de apelação, tendo a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 18/5/07, negado provimento ao recurso (fls. 202/232).

Ressalta, também, a impetração do HC 100.598/SP perante o Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem (fls. 426/432).

Argumenta o recorrente, em síntese, a nulidade da intimação do defensor constituído pelo réu do V. Acórdão prolatado na apelação julgada pelo TJSP, aduzindo que “ao negar provimento ao apelo interposto, em julgamento realizado em 18 de maio de 2007, foi mantido o regime inicial para cumprimento da pena imposta, ocasião em que determinada a expedição do mandado de prisão. Tal decisão transitou em julgado 26 de julho de 2007, já que não interposto pela defesa os recursos legais cabíveis.

A não oposição de embargos declaratórios ou a interposição do recurso

RHC 104.723 / SP

especial e/ou extraordinário pelo causídico constituído pelo RECORRENTE, Dr. Roberto Camilo Ramalho, não foi possível porque, na data da publicação do acórdão condenatório na Imprensa Oficial (11 de julho de 2007), tal profissional havia falecido.

A certidão de óbito comprova com exatidão que o óbito do defensor do RECORRENTE ocorreu em 6 de julho de 2007, isto é, antes da publicação do v. acórdão, e do início da contagem do prazo para interposição de recursos.

E, desde então, o RECORRENTE ficou indefeso, pois, sem defensor para exercer a sua defesa técnica. Inegável que não houve defesa, já que o advogado que o RECORRENTE havia constituído morreu.

Logo, trata-se de uma nulidade absoluta, que prescinde inclusive de comprovação do prejuízo, ex vi o teor da Súmula 523 do STF" (fls. 452/453 - destaques no original).

Assim, requer "seja deferida liminar para que seja suspenso os efeitos da decisão colegiada, expedindo-se imediato contramandado de prisão ou alvará de soltura, se preso for, pois é injustificável que o RECORRENTE permaneça encarcerado por um processo eivado de nulidades" (fl. 462).

Encaminhados os autos ao Ministério Público Federal, opinou o ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Mario José Gisi pelo provimento do presente recurso, sem prejuízo da execução da pena já imposta pelas instâncias ordinárias (fls. 486/490).

É o relatório.

PRIMEIRA TURMA

VOTO

RHC 104.723 / SP

no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF). Ressalva do entendimento pessoal do Relator.

3. Parecer do MPF pela parcial concessão da ordem.

4. Ordem parcialmente concedida, tão-só e apenas para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente.”

O recurso, a meu ver, comporta acolhimento.

Alega o recorrente que o acórdão que negou provimento ao apelo interposto pela defesa, datado de 18 de maio de 2007, apenas foi publicado em 11 de julho de 2007, sendo que seu advogado, o Dr. Roberto Camilo Ramalho, conforme certidão de óbito acostada à fl. 13, faleceu no dia 6 de junho de 2007, ou seja, cerca de um mês antes da publicação.

Aduz que houve inegável prejuízo à defesa, visto que, diante do trânsito em julgado, foi determinada a prisão do recorrente, que, até então, vinha recorrendo em liberdade, assim como não lhe foi facultada a oportunidade de interpor novos recursos contra aquela decisão condenatória.

Segundo a CF/88, art. 133, “o advogado é indispensável à administração da justiça”; é por intermédio dele que se exerce “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CF/88, art. 5º, inciso LV).

O caso dos autos apresenta uma peculiaridade: a morte do patrono do recorrente, único profissional constituído nos autos, deu-se mais de um mês antes da publicação da decisão que negou provimento ao recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória perante o TJSP.

É aí que está localizada a exceção: a coisa julgada se operou prematuramente, porquanto, inadmitido recurso no TJSP, a respectiva decisão foi publicada após a morte comprovada do advogado da causa. A existência humana, para o direito, cessa com a morte e, destarte, inexistia defesa técnica constituída a atuar pelo paciente quando se “aperfeiçoou” a coisa julgada.

Donde aplicar-se, ao caso, o disposto no art. 565 do Código de

RHC 104.723 / SP

Processo Penal, segundo o qual “nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido” não me parece correto e adequado.

Entendimento diverso, a meu ver, dá força inconcebível ao artigo 565 do Código de Processo Penal, imputando à parte a culpa objetiva pela desinformação sobre a morte de seu patrono.

Observo, inclusive, que o próprio Superior Tribunal de Justiça, em hipótese análoga, veio a reconhecer a nulidade da intimação efetivada na pessoa de advogado falecido:

“Intimação para julgamento. Advogado falecido (ineficácia). Defesa (prejuízo). 1. De tão relevante a defesa, que ninguém será processado ou julgado sem defensor (Cód. de Pr. Penal, art. 261); é indisponível; ‘consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais’ (Rui Barbosa). 2. A intimação para julgamento feita em nome de advogado falecido é ineficaz, porque não produz o efeito pretendido. 3. Em caso que tal, é até possível concluir pela ausência de defesa, com consequente prejuízo para o paciente, que era representado pelo advogado falecido. 4. Daí que, na espécie, nulo é o julgamento realizado, outro devendo realizar-se precedido de intimação. (...)” (HC nº 110.119/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, DJe de 22/6/09);

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. INCLUSÃO DE PROCESSO EM PAUTA. PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA. INTIMAÇÃO EM NOME DE ADVOGADO FALECIDO. NULIDADE RECONHECIDA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Em linha de princípio, vale salientar que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que a intimação de um dos vários advogados da parte é, em regra, válida e eficaz, de modo que prescindível seja a intimação dirigida a todos eles.

2. Na espécie, todavia, a situação fática não é a mesma daqueles precedentes citados, uma vez que, no caso em apreço, o advogado sobre quem recaiu a intimação houvera falecido, sem que a parte comunicasse tal fato ao juízo.

3. Há de se ter sob mira que a intimação, na espécie, por realizada em nome do advogado falecido, não alcançou seu escopo precípua de dar publicidade ao ato processual em apreço, a saber, a futura realização do julgamento do recurso especial. Dessa forma, a parte restou impossibilitada de exercer o seu direito de defesa, nos termos garantidos pela lei, apresentando memoriais, comparecendo à sessão de julgamento e realizando sustentação oral.

4. Embargos de divergência acolhidos para, reconhecida a nulidade da publicação realizada no Diário de Justiça de 19.04.2005 em nome do advogado falecido, anular o acórdão que julgou o recurso especial, realizando-se novo julgamento, com publicação da inclusão do processo em pauta, que será efetivada em nome de algum dos procuradores da parte ou de outro que venha a ser por esta constituído doravante" (EResp nº 526.570/AM, Rel. Min. **Quaglia Barbosa**, Segunda Seção, DJ de 27/9/07).

Anoto, finalmente, que esta Suprema Corte tem admitido a regularidade da intimação efetivada em nome de advogado falecido, desde que inexistente qualquer prejuízo concreto à defesa (HC nº 70.952/PE, da relatoria do Ministro **Francisco Rezek**), o que, à evidência, não se dá no caso concreto, no qual coarctou-se a possibilidade de interposição de eventual recurso contra a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na apelação interposta pela defesa.

Respeitado o entendimento daqueles que pensam o contrário, não me parece que, na hipótese, pudesse ser exigido da parte que, em vista do falecimento de seu defensor, providenciasse a devida comunicação desse fato ao Juízo ou ao Tribunal, de molde a imputar-lhe as consequências advindas de sua inércia.

O advogado faleceu um mês antes da publicação da decisão e por

RHC 104.723 / SP

isso não houve tempo hábil para comunicação ao TJSP. A baixa do processo à origem, em seguida, aconteceu sem a devida ciência do acusado, sem advogado. A situação denota ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse sentido, o seguinte precedente deste Supremo Tribunal:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ARTS. 133 E 5º, INCISO LV, DA CB/88. TRÂNSITO EM JULGADO DE DECISÃO QUE NÃO ADMITIU AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO ESPECIAL. FALECIMENTO DO ÚNICO ADVOGADO CONSTITUÍDO, RESULTANDO IMPOSSIBILITADA A INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DESCONSTITUIÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO E DEVOUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. RESTITUIÇÃO DA LIBERDADE DO PACIENTE, QUE RESPONDEU SOLTO À AÇÃO PENAL. A CB/88 determina que 'o advogado é indispensável à administração da justiça' (art. 133). É por intermédio dele que se exerce 'o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes' (art. 5º, LV). O falecimento do patrono do réu cinco dias antes da publicação do acórdão, do STJ, que não admitiu o agravo de instrumento consubstancia situação relevante. Isso porque, havendo apenas um advogado constituído nos autos, a intimação do acórdão tornou-se impossível após a sua morte. Em consequência, o paciente ficou sem defesa técnica. Há, no caso, nítida violação do contraditório e da ampla defesa, a ensejar a desconstituição do trânsito em julgado do acórdão e a devolução do prazo recursal, bem assim a restituição da liberdade do paciente, que respondeu à ação penal solto. Ordem concedida” (HC nº 99.330/ES, Segunda Turma, Redator para o acórdão o Min. Eros Grau, DJe de 23/4/10).

No mesmo sentido, a manifestação do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, **verbis**:

“Dispõe o artigo 3º do Código de Processo Penal que 'A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito'. Por sua vez, o Código de Processo Civil dispõe, em seu art. 265, sobre as causas de suspensão do processo, **verbis**:

'Art. 265. Suspende-se o processo:

I - pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;

(...)

§ 2º No caso de morte do procurador de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz marcará, a fim de que a parte constitua novo mandatário, o prazo de 20 (vinte) dias, findo o qual extinguirá o processo sem julgamento do mérito, se o autor não nomear novo mandatário, ou mandará prosseguir no processo, à revelia do réu, tendo falecido o advogado deste.'

In casu, tratando-se de situação em que ocorreu o óbito do advogado do réu, deveria ter sido aplicado o previsto no § 2º, do art. 265, com a conseqüente suspensão do processo e abertura de prazo de 20 (vinte) dias para a constituição de novo advogado, o que, conforme sobressai dos autos, assim não sucedeu. Em decorrência, a intimação do julgamento do recurso de apelação foi feita em nome do falecido, configurando, ao nosso ver, intimação inválida e caracterizadora de cerceamento de defesa.

Resta evidente, na espécie, que a intimação feita em nome do advogado já falecido, único causídico patrocinando a causa, resultou em prejuízo à defesa do paciente, mormente porque, desprovido o recurso de apelação e decorrido o prazo para recorrer às instâncias extraordinárias, ocorreu o trânsito em julgado da decisão que manteve a condenação imposta pelo juiz de 1º grau e, conseqüentemente, a expedição do mandado de

RHC 104.723 / SP

prisão.

O fato revela ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, razão pela qual somos favoráveis ao provimento do presente recurso, sem prejuízo, todavia, da execução da pena já imposta pelas instâncias ordinárias" (fls. 486/490).

Inviável, contudo, a execução antecipada da pena imposta pelas instâncias ordinárias, como sugerido pelo **parquet**.

O recorrente atravessou toda a fase da instrução processual e interpôs recurso em liberdade, eis que ausentes razões justificadoras da prisão preventiva. Só deve ser recolhido à prisão por ocasião do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É o entendimento fixado pelo Pleno deste Tribunal no HC 84.078/MG, de que foi relator o Ministro **Eros Grau** (DJe de 26/2/10).

Nessa conformidade, concedo a ordem, a fim de afastar a coisa julgada, ocorrida prematuramente, devolvendo ao recorrente o prazo para a interposição do recurso cabível contra a decisão que negou provimento à apelação 944.005.3/8 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mantendo-o em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, se não houver reforma da decisão, expedindo-se, conforme o caso, competente contramandado de prisão ou alvará de soltura clausulado.

Ante o exposto, **dou** provimento ao recurso.

É o meu voto.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 104.723

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : EVANDRO CORRÊA BARADEL

ADV.(A/S) : SHEILA HIGA

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma deu provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 23.11.2010.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à Sessão o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Fabiane Duarte
Coordenadora