

10/02/2004

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 83.487 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. CELSO DE MELLO**  
**PACTE.(S)** : ALLAN FREDERICK DIEGUES E MALATESTA  
**IMPTE.(S)** : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E  
OUTRO(A/S)  
**COATOR(A/S)(ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - ALEGADA NULIDADE DECORRENTE DA DEFICIÊNCIA NA CONDUÇÃO DA DEFESA TÉCNICA EM FACE DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO (NO CASO, EMBARGOS INFRINGENTES) PELO DEFENSOR DATIVO - NÃO OBRIGATORIEDADE DESSE COMPORTAMENTO PROCESSUAL - ATO MERAMENTE FACULTATIVO - PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE RECURSAL - NULIDADE INEXISTENTE - PEDIDO INDEFERIDO.**

**A C Ó R D ã O**

**Vistos, relatados e discutidos** estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em indeferir** o pedido de "habeas corpus", **nos termos** do voto do Relator.

Brasília, 10 de fevereiro de 2004.

CELSO DE MELLO - RELATOR

10/02/2004

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 83.487 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. CELSO DE MELLO**  
**PACTE.(S)** : **ALLAN FREDERICK DIEGUES E MALATESTA**  
**IMPTE.(S)** : **EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E**  
**OUTRO(A/S)**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**R E L A T Ó R I O**

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):** O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. HAROLDO FERRAZ DA NÓBREGA, **assim resumiu e apreciou** a presente impetração (fls. 57/61):

**"Alegando que o processo é nulo, a partir do momento em que a defensora dativa deixou de oferecer embargos infringentes, em favor de Allan Frederick Diegues e Malatesta, os impetrantes requereram 'habeas corpus' ao STJ, que foi indeferido (HC 24.426).**

**Transcrevo do referido acórdão:**

**'(...) PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS'. ART. 157, § 2º, I E II, C/C O ART. 29, AMBOS DO CP. DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO.**

**Consoante orientação desta Corte, bem como do c. Excelso Pretório, o defensor dativo não está, em princípio, legalmente, obrigado a recorrer, em razão do princípio da voluntariedade do recurso (Precedentes).**

**'Habeas corpus' denegado.**

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Busca-se no presente 'mandamus' a anulação da ação penal a que responde o paciente, sob a alegação de deficiência**

HC 83.487 / SP

da defesa técnica, que não interpôs os embargos infringentes que eram cabíveis da decisão majoritária colegiada.

**A irresignação não merece prosperar.**

**Conforme orientação desta Corte, bem como do c. Excelso Pretório**, ainda que se trate de defesa dativa, não tem ela o dever de recorrer, em razão do princípio da voluntariedade do recurso. Consoante decidi no RHC nº 7.577/RS, inexistente, genericamente, em nosso ordenamento jurídico, o dever de recorrer calcado no fato de ser considerado, o cargo de defensor público, em 'munus'. Se tal obrigação existisse, o 'Parquet' teria que recorrer de todas as absolvições não pleiteadas por ele, assim como das condenações não pretendidas. Tudo isso, 'ad argumentandum', sob pena de pretensas nulidades. Não, esse tipo de imposição legal não encontra supedâneo na sistemática vigente. Confirmam-se, a propósito, alguns julgados proferidos nesta Corte, que bem refletem esse entendimento' (autos, fls. 21).

**Contra a decisão do HC 24.426-STJ**, é oferecido o presente HC, substitutivo de Recurso de 'Habeas Corpus' (HC nº 83487-6/130-STF).

**Destaco da impetração:**

**'Pela Procuradoria Geral do Estado** foi indicada a Bel. ÂNGELA MARIA DA SILVA, advogada credenciada, a fim de apresentar as contra-razões de apelação (fls. 661 e 665/669).

**Processado o recurso ministerial**, a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 673/676).

**Pelo v. acórdão datado de 24 de outubro de 2000**, a Egrégia 3ª Câmara Criminal do Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, POR MAIORIA DE VOTOS, deu parcial provimento ao apelo ministerial a fim de condenar o ora paciente ALLAN FREDERICK como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c artigo 29, ambos do Código Penal, ao cumprimento das penas de 6 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, em regime inicial semi-aberto (fls. 694/700).

**Por determinação da Egrégia 2ª Vice-Presidência do Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, os autos baixaram ao d. Juízo de origem, à

HC 83.487 / SP

guisa de intimar a defensora dativa do v. acórdão que condenou o paciente ALLAN, por maioria de votos (fls. 702). O Juízo de origem expediu mandado de intimação (fls. 703).

**Aos 21 de maio de 2001**, a advogada dativa, Dra. ÂNGELA MARIA DA SILVA, exarou sua assinatura no mandado, tomando ciência do v. acórdão (fls. 704).

**Frente à inércia da advogada dativa** - que não opôs embargos infringentes cabíveis -, o v. acórdão transitou em julgado aos 6 de junho de 2001 (fls. 705). Aos 8 de junho de 2001, foi expedido mandado de prisão em desfavor do paciente (fls. 707).

**O mandado de prisão foi devidamente cumprido** aos 29 de agosto de 2002.

**Em face da nulidade absoluta que maculou este processo**, consistente na violação do direito de defesa do paciente, esta defensoria impetrou 'writ' de 'habeas corpus' perante o Augusto Supremo Tribunal Federal, que o remeteu ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça. O julgamento coube aos Ministros da Quinta Turma daquela Corte, os quais, aos 13 de maio de 2003, por unanimidade, denegaram a ordem, sob o fundamento de que o defensor dativo não está, em princípio, legalmente obrigado a recorrer, em razão do princípio da voluntariedade do recurso' (autos, fls. 05/06).

**Houve pedido de concessão de liminar** (fls. 16/8), não concedida de plano, por Vossa Excelência, como se lê às fls. 45.

**Entendo que o HC deve ser indeferido.**

**Vigora, em nosso sistema jurídico, o princípio da voluntariedade dos recursos**, salvo os de ofício (art. 574 e incisos do CPP).

**Esta voluntariedade se aplica ao recurso de embargos infringentes**, consoante os 03 precedentes do STJ e os 04 do STF, arrolados pelo Ministro Felix Fischer ao proferir seu voto no HC 24.426 (ver fls. 21/3).

**Obviamente, a defesa, mesmo a dativa**, pode restar convencida de que não teria argumentos sólidos para tentar fazer prevalecer o voto vencido sobre os votos vencedores. E, por isso, optar pela não interposição de embargos infringentes.

**Na mesma linha**, pode o Ministério Público, mesmo tendo pedido a condenação, nas alegações finais, restar

**HC 83.487 / SP**

*convencido de que a absolvição adotada na sentença foi a solução correta. E não interpor recurso de apelação.*

***Nestas condições, opina** o Ministério Público Federal no sentido do **indeferimento** do 'writ'." (grifei)*

**É o relatório.**

HC 83.487 / SP

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de "habeas corpus" impetrado contra decisão que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **denegou** o "writ" constitucional ao ora paciente **em acórdão assim ementado** (fls. 19):

**"PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS'. ART. 157, § 2º, I E II, C/C O ART. 29, AMBOS DO CP. DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO.**

**Consoante orientação desta Corte, bem como do c. Excelso Pretório, o defensor dativo não está, em princípio, legalmente, obrigado a recorrer, em razão do princípio da voluntariedade do recurso (Precedentes).**

**'Habeas corpus' denegado." (grifei)**

A presente impetração **apóia-se** na alegação de que houve nulidade absoluta no processo penal condenatório, por **deficiência técnica** na defesa, cuja ilustre patrona **não opôs** embargos infringentes de acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, **por maioria de votos**, deu provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, **condenando** o ora paciente à pena de seis (6) anos de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias multa, **por haver incorrido** na prática do crime de **roubo qualificado**.

HC 83.487 / SP

Essa alegação **foi assim sustentada**, em síntese, pelos ilustres impetrantes (**fls. 02/18**):

**"A não oposição de um recurso cabível por parte da advogada dativa** - no caso, *EMBARGOS INFRINGENTES* -, que poderia levar à proclamação do 'non liquet', é a maior revelação do descaso, da desídia, da inércia daquele que possui o dever moral e jurídico de exercer a difícil missão de defender um semelhante, através do múnus público que aceitou.

**Em que pese o fato da voluntariedade ser princípio informador da matéria recursal em processo penal**, consistindo, inclusive, no fundamento da decisão exarada pela Colenda 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, para que se efetive e garanta a ampla defesa do acusado no processo, impossível a sua aplicação automática, fazendo-se imperiosa a análise casuística.

.....  
**No caso em testilha**, a não oposição do recurso cabível implicou na falta de exercício de todas as faculdades defensivas asseguradas pela Constituição e imprescindíveis a um justo julgamento do acusado. Em outras palavras, o paciente restou indefeso, por deficiência da defensoria técnica que lhe foi nomeada, sendo injusto que arque com o prejuízo. Na situação 'sub judice', é óbvio o inconformismo por parte do acusado. Contudo, não lhe foi dada a oportunidade de expressá-lo por desídia de sua defensora dativa, a quem cabia zelar pelo seu 'status libertatis' pelos meios jurídicos disponíveis, materializando, assim, a ampla defesa a todos assegurada.

.....  
**(...) nem se discuta** que não há prejuízo efetivo para o paciente ante a inércia da defensora constituída quando da não oposição dos embargos infringentes, quando cabível, face a votação não unânime do apelo ministerial, pois, como já exaustivamente explanado, o voto divergente mantinha a sentença absolutória prolatada pelo Juízo 'a quo', bem como pelo fato de tal inércia ter resultado no trânsito em julgado do v. acórdão guerreado, quando certamente, mesmo que embargado, o fosse rejeitado, o prequestionamento das matérias ventiladas teria sido operado, abrindo-se assim as instâncias superiores." (**grifei**)

**HC 83.487 / SP**

**Em sua manifestação**, a douta Procuradoria-Geral da República, **em parecer** da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República Dr. HAROLDO FERRAZ DA NÓBREGA, **opinou pelo indeferimento** do pedido (fls. 57/61).

**Passo a apreciar** o pedido ora formulado na presente impetração.

**E**, ao fazê-lo, entendo assistir **plena razão** ao Ministério Público Federal.

**A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal** tem salientado - **com apoio** em autorizado magistério doutrinário (DAMÁSIO E. DE JESUS, "Código de Processo Penal Anotado", p. 381, 10ª ed., 1993, Saraiva) -, **no que concerne** à tese sustentada pelos ilustres impetrantes, que o Defensor dativo **não está obrigado** a exaurir as vias recursais (RTJ 92/1118 - RTJ 94/788 - RTJ 110/639 - RTJ 124/514 - RTJ 126/990), **não se lhe podendo imputar**, em consequência, o vício da **condução deficiente** da defesa, **sob alegação** de que se absteve de interpor **qualquer das modalidades recursais**.

**Na realidade**, a orientação firmada por esta Corte Suprema **identifica**, no ato de recorrer, um comportamento processual



HC 83.487 / SP

**meramente facultativo** (RT 539/381 - RT 554/443 - RT 599/416 - RT 643/389), enfatizando que **não se impõe** ao Defensor - **mesmo cuidando-se de Defensor dativo** - o dever de recorrer da decisão condenatória:

*"A jurisprudência mais recente desta Corte (...) vem mantendo o entendimento de que, ainda quando se trate de defesa dativa, não tem ela o dever de apelar, por prevalecer, no direito processual penal, o princípio da voluntariedade do recurso, salvo se a lei o tem como obrigatório.*

*Se assim é com relação à apelação, o mesmo se dará, por identidade de razão, com os embargos infringentes.*

*'Habeas corpus' indeferido."*

(RTJ 110/639, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas, e considerando, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, **indefiro** o presente "*habeas corpus*".

**É o meu voto.**



**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 83.487**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO**

PACTE.(S) : ALLAN FREDERICK DIEGUES E MALATESTA

IMPTE.(S) : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, **indeferiu** o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator. **2ª Turma**, 10.02.2004.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

P/ Antonio Neto Brasil  
Coordenador