

06/11/2012

PRIMEIRA TURMA

**SEGUNDOS EMB.DECL. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
110.622 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
EMBTE.(S) : CARLOS LEONARDO COSTA PEREIRA
ADV.(A/S) : JOSE ADOLFO NUNES DE OLIVEIRA
EMBTE.(S) : MAXWEL SILVA
ADV.(A/S) : JOSE ADOLFO NUNES DE OLIVEIRA
EMBDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA

EMENTA

Embargos de declaração em recurso ordinário em *habeas corpus*. Alegação de prejuízo à defesa pela ausência de intimação para a realização do julgamento do *writ*. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Nulidade, todavia, reconhecida. Embargos rejeitados, com a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício.

1. O julgamento do recurso enfrentou adequadamente as questões postas pelos recorrentes, não estando presente nenhum dos vícios do art. 619 do Código de Processo Penal.

2. Embargos de declaração rejeitados.

3. Havendo pedido expresso nos autos de intimação para a realização do julgamento, é de se deferir o **habeas corpus**, em homenagem à envergadura maior do **writ**.

4. Ordem concedida de ofício para o rejuízo do recurso mediante prévia intimação dos recorrentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos de declaração, concedendo, no entanto, a ordem de ofício, nos termos do voto do Relator.

RHC 110.622 ED-SEGUNDOS / DF

Brasília, 6 de novembro de 2012.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

06/11/2012

PRIMEIRA TURMA

**SEGUNDOS EMB.DECL. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
110.622 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
EMBTE.(S) : **CARLOS LEONARDO COSTA PEREIRA**
ADV.(A/S) : **JOSE ADOLFO NUNES DE OLIVEIRA**
EMBTE.(S) : **MAXWEL SILVA**
ADV.(A/S) : **JOSE ADOLFO NUNES DE OLIVEIRA**
EMBDO.(A/S) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Os pacientes, por intermédio de seu advogado, opõem embargos declaratórios ao acórdão publicado no DJe de 23/10/12, cuja ementa se lavrou nos termos seguintes:

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal. Crime de concussão praticado por policiais militares. Pretensão à aplicação das atenuantes previstas nos art. 72, II e III, b, do CPM e 66 do CPB. Questões não analisadas nas instâncias antecedentes. Inviabilidade do conhecimento do tema *per saltum* pela Suprema Corte. Supressão de instância. Recurso não provido. 1. Os temas relativos à aplicação ou não das atenuantes previstas nos art. 72, II e III, b, do CPM e 66 do CPB não foram suscitados perante as instâncias ordinárias, nem mesmo em sede de embargos declaratórios ao acórdão da apelação. 2. Configuraria verdadeira dupla supressão de instância analisar os argumentos acerca do constrangimento ilegal imposto aos pacientes. Com efeito, não tendo os temas sido apreciados pelo TJRJ e pelo Superior Tribunal de Justiça, não pode esta Suprema Corte, em exame *per saltum*, analisá-los. Precedentes. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento.”

RHC 110.622 ED-SEGUNDOS / DF

Alegam os embargantes, em síntese, que o acórdão embargado contém omissão, porquanto, embora houvesse requerimento expresso por parte do patrono dos embargantes para a sessão de julgamento do recurso, essa, pela segunda vez, não se teria efetivado, o que implicaria o cerceamento de defesa.

Requerem o provimento dos presentes embargos para que seja

“anulado o julgamento, bem como marcada nova data publicando-se o dia do julgamento. Alternativamente, que seja declarado o Acórdão com pedido alternativo constante da exordial de que o Tribunal ‘a quo’ se manifeste quanto as circunstâncias atenuantes e a minorante” (fl. 4 dos embargos).

É o relatório.

06/11/2012

PRIMEIRA TURMA

SEGUNDOS EMB.DECL. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
110.622 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não está presente nenhuma hipótese autorizadora da oposição do recurso declaratório.

O aresto embargado não incorreu em omissão, tendo o órgão julgador decidido, fundamentadamente, todas as questões postas a julgamento, nos limites necessários ao deslinde do feito. Da mesma forma, a decisão não é obscura, pois não falta a ela clareza ou certeza quanto ao que foi decidido. Os embargos pretendem, efetivamente, rediscutir a insatisfação dos embargantes com o deslinde da causa, fim a que não se prestam os embargos declaratórios.

Nessa conformidade, **rejeito** os embargos de declaração.

Verifico, contudo, que efetivamente constou da petição de interposição do recurso ordinário constitucional pedido de intimação prévia do patrono dos recorrentes para a sessão de julgamento daquele recurso (fl. 96 do anexo 4), o que, pela segunda vez, não foi observado.

Portanto, proponho, nesse aspecto, nova concessão de ordem de **habeas corpus** de ofício, para a anulação do julgamento ocorrido na sessão de 23/10/12 e seu rejuízo nesta própria sessão, sendo dada oportunidade à defesa para a realização de sua sustentação.

Como já preconizado pela eminente Ministra **Cármem Lúcia** no HC nº 104.264/RJ:

“o fato de a sustentação oral não constituir ato essencial é irrelevante, devendo-se distinguir duas situações. A primeira é a sustentação não constituir ato essencial, no sentido de que, se não realizada, não gera nulidade alguma (nesse sentido, entre outros, HC 66.315, Rel. Min. **Moreira Alves**, DJ 24.2.1989; HC 68.369, Rel. Min. **Sydney Sanches**, DJ 8.3.1991; HC 69.429, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ 28.5.1983; HC 73.839, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ 27.3.1998; HC 76.970, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, DJ

RHC 110.622 ED-SEGUNDOS / DF

20.4.2001; HC 82.241, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ 4.3.2005; HC 83.792, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ 30.4.2004; HC 82.740, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJ 22.6.2007; HC 84.655, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ 4.2.2005; HC 85.789, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ 26.8.2005; HC 85.845, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ 23.9.2005; RHC 79.541, Rel. Min. **Celso de Mello**, Informativo n. 179; e RHC 86.085, Rel. Min. **Ayres Britto**, DJ 31.3.2006; e QC 501, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJ 28.11.1997). A segunda, substancialmente diversa, refere-se aos casos em que há pedido da defesa para ser intimada da data da sessão de julgamento, a fim de que possa exercer o seu direito à sustentação oral e a comunicação não ocorre" (Primeira Turma, DJe de 19/11/10).

Nesse mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA PELA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO DO WRIT. IMPOSSIBILITADA A SUSTENTAÇÃO ORAL. EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE INTIMAÇÃO EXPRESSO NOS AUTOS. Nos termos da orientação deste Supremo Tribunal Federal, a sustentação oral não é ato essencial à defesa. Contudo, havendo pedido expresso nos autos de intimação da realização do julgamento, é de se deferir o **habeas corpus, em homenagem à envergadura maior do writ. **Habeas corpus** deferido em parte"** (HC nº 86.550/SC, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJ 13/10/06);

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ART. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PEDIDO DA DEFESA PARA REALIZAR SUSTENTAÇÃO ORAL. COMUNICAÇÃO DA DATA DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA. INFORMAÇÃO DISPONIBILIZADA APENAS NOS MEIOS INFORMATIZADOS DAQUELA CORTE. NECESSIDADE DE

RHC 110.622 ED-SEGUNDOS / DF

QUE A CIENTIFICAÇÃO COM ANTECEDÊNCIA MÍNIMA DE QUARENTA E OITO. EXIGÊNCIA QUE DECORRE DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I - sustentação oral não constitui, de **per si**, ato essencial à defesa, razão pela qual, em princípio, não há necessidade de comunicação da data de julgamento. II - Na ausência de disposição normativa interna, não é ônus das Cortes de Justiça a comunicação nos termos e prazos requeridos pelas partes. III - No caso, todavia, de indicação da defesa de que pretende sustentar oralmente, a cientificação desta, em tempo hábil, melhor atende ao disposto no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição. IV - Afigura-se, porém, razoável e suficiente que a informação seja disponibilizada por meio dos sistemas institucionais de acompanhamento processual, observada a antecedência necessária a permitir o deslocamento do patrono para o ato. IV - Ordem parcialmente concedida” (HC nº 92.290/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 30/11/07).

Em virtude disso, esta Primeira Turma reformulou o entendimento que anteriormente predominava e que fora reproduzido no enunciado da Súmula nº 431/STF, segundo a qual, “é nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação, ou publicação da pauta, salvo em **habeas corpus**”.

A ausência de intimação para a sessão de julgamento quando houver pedido para tal é considerada causa de nulidade do julgamento, por se frustrar eventual possibilidade de sustentação oral. Com esse entendimento, em questão de ordem, já foi anulado julgamento do próprio Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

“QUESTÃO DE ORDEM EM **HABEAS CORPUS**. PROCESSUAL PENAL. REQUERIMENTO PRÉVIO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. Nulidade. Havendo requerimento de ciência prévia do julgamento visando à sustentação oral, a

RHC 110.622 ED-SEGUNDOS / DF

ausência de notificação da sessão de julgamento consubstancia nulidade. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o julgamento proferido na Sessão de 29 de setembro de 2009, a fim de que outro se realize com a prévia intimação do impetrante para fazer sustentação oral” (HC nº 99.929/SP-QO, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 4/6/10).

É firme, também, a jurisprudência deste Supremo Tribunal quanto à desnecessidade de comprovação do efetivo prejuízo (HC nº 69.142/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 11/2/92) para se concluir pela nulidade na forma acima exposta.

Inevitável, assim, é a conclusão de que o acórdão atacado está eivado de vício insanável, sendo, portanto, nulo, tal como reconhecido no julgamento do HC nº 105.728/RJ, do qual fui relator. Confira-se:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS ADVOGADOS PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS IMPETRADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE INTIMAÇÃO CONSTANTE DOS AUTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. DIREITO À PRÉVIA COMUNICAÇÃO PARA DAR EFICÁCIA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO EM PARTE. 1. Havendo pedido nos autos, a falta de intimação para a sessão de julgamento suprime o direito da defesa de comparecer para realizar a sustentação oral, que constitui instrumento de efetivação da garantia constitucional da ampla defesa, para cujo exercício a Constituição da República assegura ‘os meios e recursos a ela inerentes’ (art. 5º, LV). 2. Nulidade absoluta do ato praticado nessa condição. Precedentes. 3. Writ concedido em parte” (Primeira Turma, DJe de 7/10/11).

RHC 110.622 ED-SEGUNDOS / DF

Ante o exposto, rejeito os embargos. Concedo, porém, ordem de **habeas corpus**, de ofício, para anular o acórdão anteriormente proferido.

É como voto.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

SEGUNDOS EMB.DECL. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 110.622

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

EMBTE.(S) : CARLOS LEONARDO COSTA PEREIRA

ADV.(A/S) : JOSE ADOLFO NUNES DE OLIVEIRA

EMBTE.(S) : MAXWEL SILVA

ADV.(A/S) : JOSE ADOLFO NUNES DE OLIVEIRA

EMBDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA

Decisão: A Turma rejeitou os embargos de declaração, mas concedeu a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 6.11.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lillian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma