

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jurisprudência Criminal

HABEAS CORPUS 99.457 – RS

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Paciente: Adriana Leal Duval

Impetrante: Gisela Antia de Almeida

Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Constitucional. Penal e processual penal. Alegação de nulidade decorrente de a defesa ter sido exercida por advogado licenciado. Ausência de demonstração do prejuízo. Incidência do art. 565 do Código de Processo Penal. Precedentes. *Habeas corpus* denegado.**

1. Nulidade do processo-crime não configurada, pois além de não ter sido demonstrado qualquer prejuízo advindo do exercício da defesa por advogado licenciado da Ordem dos Advogados do Brasil, o princípio da falta de interesse, tal como estabelecido no art. 565, primeira parte, do Código de Processo Penal, não admite a arguição da nulidade por quem tenha dado causa ou concorrido para a existência do vício. Precedentes.

2. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Vencido o Ministro Carlos Ayres Britto. Não participou justificadamente deste julgamento o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 13 de outubro de 2009 – Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: 1. *Habeas corpus*, “com pedido liminar de anulação de processo penal”, impetrado pela advogada Gisela Antia de Almeida em favor da paciente *Adriana Leal Duval*, “condenada pelo Proc. 102128494, que tramitou na 2ª Vara Criminal de Porto Alegre” (fl. 2), às penas “de 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 32 dias-multa” (fl. 73), pela prática dos crimes de estelionato e de formação de quadrilha (arts. 171 e 288 do Código Penal).

A presente ação é contra o acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em 31-8-2005, denegou a ordem no julgamento do HC 42.678.

2. O Relator, Ministro Paulo Medina, expôs o caso e proferiu o voto condutor do julgamento, do qual se extrai, *verbis*:

(...) Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Gisela Antia de Almeida, em favor dos pacientes *Adriana Leal Duval*, *Neuri Gasparetto* e *Cecília Soares da Fonseca*, contra acórdão do Quarto Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, prolatado nos autos da Revisão Criminal n. 70010360949 (fls. 166/174).

Narra a impetrante que os pacientes foram condenados como incurso na sanção dos arts. 171, *caput*, e 288, *caput*, ambos do Código Penal, em continuidade delitiva (fls. 98-119/STJ).

Inconformados, recorreram da sentença condenatória, julgada improcedente à unanimidade, pela Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (fls. 146-163/STJ).

Após o trânsito em julgado do acórdão, ajuizaram Revisão Criminal com fundamento no art. 621, incisos I e II do CPP.

O Quarto Grupo Criminal do Tribunal de Justiça julgou improcedente o pedido revisional em acórdão assim sumariado (fls. 166-174/STJ):

“Inépcia da denúncia. Alegação de não descrição individualizada da conduta de cada acusado, bem como das circunstâncias dos fatos. Afastamento.

Inocorrência de inépcia, se descrito adequadamente todos os elementos caracterizadores das infrações. Outrossim, em se tratando de concurso de agentes, é desnecessária a descrição minuciosa da conduta

de cada um, sendo suficiente o apontamento da comunhão de esforços e do acordo de vontades para a prática delitiva.

Nulidade do processo. Inexistência. Defesa patrocinada por advogado licenciado.

Embora o art. 4º, § único, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), disponha serem nulos os atos praticados por advogado licenciado, a regra da *pas de nulitee sans grief*, aplicável tanto às nulidades relativas quanto às absolutas, impede a declaração de invalidade dos atos processuais que não ocasionaram prejuízos às partes.

Reexame da prova. Inviabilidade.

A ação de revisão criminal necessariamente deve conter, ao menos, um dos fundamentos previstos no art. 621 do Código de Processo Penal, sob pena de improcedência.

Preliminares afastadas. Ação julgada improcedente.”

O impetrante alega, em síntese, nulidade do processo, derivada de fato novo, porquanto os patronos dos réus estavam impossibilitados de exercer a advocacia e, porque impedidos de atuar, seus atos são, assim, nulos.

Deduz prejuízo, argui em seu favor o que dispõe o enunciado n. 523, da súmula do STF, colaciona precedentes jurisprudenciais em apoio à sua pretensão e requer, liminarmente, a concessão da ordem, para nulificar o processo n. 102128494/24876, que tramitou na 2ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre.

(...)

Invoca como fundamentos jurídicos para combater a suposta ilegalidade, respectivamente, a norma contida no art. 4º, parágrafo único, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e a Súmula 523 do STF, *in verbis*:

“Art. 4º São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.

Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento – suspensão, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.”

“Súmula 523 do STF

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.”

Da análise das peças que instruem o *mandamus*, verifico situações distintas entre os procurados dos réus, ora pacientes.

No que concerne à defesa técnica do paciente *Neuri Gasparetto*, esta foi realizada pelo Dr. Daniel Gerber até a interposição de recurso de apelação (fl. 138/STJ), ou melhor, até a publicação do acórdão (fl. 164/STJ).

Conforme certidão de fl. 36/STJ, no processo disciplinar n. 145844/2003 da OAB/RS, por decisão proferida em 26 de março de 2004, o Dr. Daniel Gerber foi suspenso do exercício da profissão pelo prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis, em virtude de infração ao art. 34, inciso XXIII, da Lei n. 8906/94, estando a penalidade em vigor até o dia 29 de outubro de 2004, data da certidão.

Como o acórdão que julgou o recurso de apelação de *Neuri Gasparetto* só foi publicado em 25 de fevereiro de 2004 (fl. 165/STJ) e a sanção disciplinar imposta a seu patrono é posterior a esta data, toda a defesa deste paciente esteve a cargo de profissional plenamente habilitado ao exercício da profissão.

Portanto, ausente nulidade a ser declarada em relação a este paciente.

Já as pacientes *Adriana Leal Duval e Cecília Soares da Fonseca* tiveram como advogado constituído o Dr. João Carlos Silveira Verlindo (fls. 81 e 82), profissional que acompanhou toda a instrução criminal e firmou as razões do recurso de apelação, em 15 de agosto de 2002 (fls. 120/136).

A certidão de fl. 33/STJ, de 29 de outubro de 2004, comprova que o Dr. João Carlos Silveira Verlindo estava licenciado do exercício da advocacia, nos termos do art. 12, da Lei n. 8906/94, desde 16 de julho de 1990.

Em 30 de julho de 2004, requereu seu retorno à atividade profissional, ainda não decidido quando do fornecimento da certidão.

Embora destituído de capacidade postulatória tenho que no caso em espécie este pressuposto processual só levaria à declaração de nulidade se comprovada a deficiência técnica na defesa.

A deficiência na defesa, a teor do enunciado 523 do STF, deve ser analisada, portanto, *cum granu salis*.

O art. 4º, parágrafo único, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, dispõe serem nulos atos praticados por advogado licenciado. No entanto, qualquer nulidade, seja absoluta ou relativa, só pode ser declarada se houver prejuízo às partes (art. 563 do CPP).

Não obstante o art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 8906/94, conter uma norma sobre nulidade, não restou comprovado que a condenação dos pacientes decorreu da deficiência técnica da defesa.

Aliás, como bem salientou o acórdão recorrido,

“(…) os requerentes não lograram demonstrar qualquer prejuízo advindo do fato de o defensor das condenadas Adriana e Cecília estar licenciado à época da tramitação do processo originário, pois as defesas foram feitas de maneira eficiente, apenas não evitaram as condenações.”

(Fl.168/STJ.)

A propósito, esta Egrégia Corte já teve a oportunidade de se manifestar acerca do tema no seguinte precedente:

“*Habeas corpus – Reiteração de pedido – Prejudicialidade – Nulidade de representação – Inexistência. – Julga-se prejudicado pedido de habeas corpus que se baseia nos mesmos fundamentos de ordem anteriormente denegada. – A defesa prestada por defensor, sem capacidade postulatória, constitui em nulidade relativa, a depender da demonstração do efetivo prejuízo a parte, mas que refoge ao âmbito processual do remédio heroico. – Pedido não conhecido.*”

(HC 5.657/RJ, 5ª Turma, DJ de 22-9-1997, p. 46510.)

Portanto, não há se falar em nulidade no que concerne à defesa técnica do paciente *Neuri Gasparetto*, pois seu defensor estava habilitado ao exercício da atividade profissional.

Já em relação às defesas de *Adriana Leal Duval e Cecília Soares da Fonseca*, entendo não haver nulidade por falta de prejuízo.

Posto isso, estou a *denegar* a ordem (...)

(Fl. 72.)

3. No presente *habeas corpus*, a impetrante destaca que a falta de capacidade postulatória do defensor à época do processo-crime teria sim causado prejuízos à paciente, ressaltando que “a paciente foi recolhida a prisão; foi condenada; perdeu seus direitos políticos; foi afastada do convívio de seus filhos e de seu marido; e ficou desempregada por muito tempo” (fl. 4).

Informa, ainda, que a paciente “finalmente conseguiu um emprego (...), porém quando o empregador descobriu que a paciente era uma ‘presidiária’, a demitiu imediatamente”, sendo que “continua desempregada, eis que não consegue mais emprego devido aos antecedentes” (fl. 4).

Sustenta que “não há que se falar em defesa eficiente, eis que este é um critério subjetivo, que não poderá ser levado em consideração para a anulação ou não do processo” (fl. 5).

Invoca, nesse sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça (Recursos Especiais 421.823 e 833.342) e o julgamento do MS 21.956-AgR-ED, Relator o Ministro Sydney Sanches (DJ de 30-9-1994), cujo julgado tem o seguinte teor:

Advogado suspenso, por motivo disciplinar, do exercício profissional, pela OAB-RS. Falta de capacidade postulatória. Embargos declaratórios não conhecidos, porque subscritos por advogado temporariamente impedido de advogar. Comunicação do fato à OAB-RS e à parte interessada.

(Fl. 11.)

4. Este o teor dos pedidos:

(...) Diante do acima exposto, e conforme jurisprudência apresentada, requer seja concedida a ordem de habeas corpus, para fim de anular o processo n. 102128494, desde o interrogatório, devendo a paciente aguardar em liberdade até final decisão, conforme preceitua a legislação e jurisprudência vigentes, esclarecendo que a mesma não se ausentará do distrito da culpa, e comparecerá a todos os atos do processo, para no final provar sua inocência (...)

(Fls. 13-14.)

5. Em 30 de junho de 2009, indeferi o pedido de medida liminar, solicitei informações ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre-RS, determinando, na sequência, vista destes autos ao Procurador-Geral da República (fls. 93-99).

6. As informações foram prestadas (fls. 108-988) e a Procuradoria-Geral da República, em 27-8-2009, opinou pela denegação da ordem (fls. 991-992).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): 1. Conforme relatado, o núcleo da questão trazida neste *habeas* é a alegação de constrangimento ilegal decorrente de eventual nulidade, consubstanciada no exercício da defesa por advogado licenciado da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. Não obstante o rigor dos termos do art. 4º, parágrafo único da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB) e da Súmula 523, deste Supremo Tribunal, não se comprova, nos autos, a presença de constrangimento ilegal a ferir direito da paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de *habeas corpus*, notadamente porque os poderes de representação judicial outorgados ao advogado licenciado foram livremente conferidos pela paciente por instrumento de procuração (fl. 211).

Não há prova de que ela não conhecesse a condição do advogado constituído, nem há como produzir esta prova na presente ação. E é de se realçar o princípio da falta de interesse, tal como estabelecido no art. 565, primeira parte, do Código de Processo Penal, não admite a arguição da nulidade por quem tenha dado causa ou concorrido para a existência do vício.

Dessa forma, se tivesse ocorrido nulidade processual e da condição do advogado tivesse conhecimento – como é possível e provável – a paciente, a esta seria ela imputável, pela escolha que fez, aplicando-se ao caso a regra processual penal acima mencionada e a jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal, firmada no sentido de que “nenhuma nulidade pode arguir quem lhe deu causa ou que para ela concorreu” (RHC 58.949, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ de 11-9-1981).

Nesse sentido, entre outros: RHC 59.842, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ de 14-5-1982; 84.900, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 26-11-2004; 87.212, de minha relatoria, DJ de 24-11-2006; e HC 67.997, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 21-9-1990; 69.983, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 8-10-1993; 71.761, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 24-2-1995; 76.970, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 20-4-2001; e 84.920, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10-6-2005.

3. Ademais, como bem assentou o Subprocurador-Geral da República, Edson Oliveira de Almeida, em seu parecer, a impetrante não teria demonstrado a existência de qualquer prejuízo em razão da defesa técnica ter sido promovida no juízo de conhecimento por advogado licenciado, *verbis*:

2. O pedido não merece acolhimento. Como está no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, “embora destituído de capacidade postulatória tenho que no caso em espécie este pressuposto processual só levaria à declaração de nulidade de comprovada a deficiência técnica da defesa”. E o Tribunal de Justiça, ao indeferir a revisão criminal, concluiu que “as requerentes não lograram demonstrar qualquer prejuízo advindo do fato de o defensor das condenadas estar

licenciado à época da tramitação do processo originário, pois as defesas foram feitas de maneira eficiente, apenas não se evitaram as condenações”.

3. Tenho como correto esse entendimento, porquanto não evidenciado o prejuízo necessário à anulação do processo pela suposta ausência de defesa (Súmula 523). Com efeito, o fato de o advogado estar licenciado, não significa ausência de defesa técnica, que deve ficar demonstrada. Cabe distinguir entre a infringência às proibições do *caput* do art. 4º da Lei 8.906/1994, que é causa de nulidade absoluta (HC 71.705-SP), e do respectivo parágrafo único, caso de nulidade relativa, sanável na falta de demonstração de prejuízo. Essa tem sido a orientação do Supremo Tribunal Federal, afastando a alegação de nulidade da intervenção do advogado suspenso, quando não comprovado o prejuízo: “Advogado suspenso por falta de pagamento de contribuição devida a OAB. Nulidade rejeitada, por falta de comprovação de prejuízo” (HC 71.520/ES, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 1º-3-1996); RHC 61.123/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 24-2-1984. (Fls. 991-992.)

4. Pelo exposto, voto no sentido de **denegar a ordem de habeas corpus**.
É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, estou bem impressionado com a argumentação da Ministra Cármen Lúcia, que inclusive está em conformidade com a jurisprudência, e também com o parecer do Ministério Público, que me parece muito corretamente elaborado.

O que se assenta aqui é que a nulidade a que se refere o art. 4º da Lei 8.906, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, é uma nulidade absoluta, enquanto que a do parágrafo único seria uma nulidade relativa, ou seja, dependeria de demonstração de prejuízo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): É, Ministro, encontrei, inclusive, decisões do Tribunal de Ética da OAB em que isso eu tirei dessa circunstância também. Eles não punem o advogado, porque eles consideram que o advogado prestou. De toda sorte, acho que ela pode até se remeter à OAB ou fazer pedido mesmo de indenização, se ela não souber.

Agora, daí ter sido condenada, depois tem uma revisão criminal, onde tudo foi revolidado, e aí vir com um pedido de nulidade nos tribunais superiores, via *habeas corpus*...

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É. Aliás, isso é uma antiga deficiência da OAB, porque ela deveria comunicar imediatamente a todos os juizes do País, e que não são muitos, são apenas cerca de dezesseis mil. Isso poderia ser feito com muita facilidade, incluindo as cortes superiores, enfim comunicado o *status* de cada advogado, esclarecendo se ele está suspenso, licenciado, ou se está excluído dos quadros por alguma punição.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Até porque isso tem consequências jurídicas materiais para o devido processo substancial. Não é, Ministro?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Porque, como aqui, neste caso, do que se afirma, do que se contém nos autos, não é que não houve a defesa técnica eficiente; às vezes, por exemplo, um ótimo advogado pode estar na condição de licenciado em razão do cargo. Estou dando exemplo de um procurador-geral, que é o mais eficiente, que é levado, às vezes, para esses cargos; procurador de Estado, num caso específico, que atue até na área criminal dentro da Procuradoria, e que alguns Estados impedem de advogar.

Ele está impedido por causa disto, por uma legislação do servidor público. Então, ele tem esse impedimento fixado pela OAB. Mas ele pode ter feito um trabalho, digamos: entrou, já havia começado a defesa, e continua – não é o caso; estou citando em tese –, e ser muitíssimo eficiente. Portanto, não deu causa ao objetivo da lei. O que a lei quer? Que uma pessoa que não tenha habilitação faça.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: No *habeas corpus*, não se fala dos motivos do licenciamento?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não; da licença.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Porque existem três hipóteses de licença, segundo o art. 12.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): A única coisa que ela fala é que, logo em seguida, ele afastou a situação de licenciado. Penso que, ainda no final do processo dela, ele retornou à sua atividade sem o óbice.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Estou de acordo, Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Como a vida nos surpreende. A todo o instante chega... Não é só no Eleitoral, não é, Ministra Cármen Lúcia?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Eu falo que, aqui no Brasil, nós podemos morrer de susto; de tédio, jamais. Quem trabalha no Direito...

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): A Ministra Cármen Lúcia, realmente, teceu um raciocínio muito bom, orientado para o não prejuízo do ponto de vista da technicalidade, da técnica.

Mas peço vênia para conceder a ordem. Meio alinhavando assim o raciocínio, o art. 133 da Constituição diz que o advogado é indispensável à administração da Justiça. Se atentarmos para art. 5º, inciso XIII, esse advogado que é indispensável à administração da Justiça é o que atende às qualificações profissionais que a lei estabelecer; e a lei não habilita o advogado licenciado ao exercício da profissão.

EXTRATO DA ATA

HC 99.457/RS – Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Paciente: Adriana Leal Duval. Impetrante: Gisela Antia de Almeida. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Ministra Cármen Lúcia; vencido o Ministro Carlos Ayres Britto, Presidente. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 13 de outubro de 2009 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.