

HABEAS CORPUS N. 158.801-PR (2010/0001739-9)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Edmar José Chagas e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Davi Guedes Messiano da Silva (preso)

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. (1) Impetração substitutiva de recurso ordinário. Impropriedade da via eleita. (2) Inquérito policial. Advogado constituído (escritório universitário de prática forense, equivalente à advocacia dativa). Procuração juntada ainda na fase inquisitorial. Recebimento da denúncia. Citação do réu. Ausência de intimação do advogado constituído. Resposta escrita formulada por defensor público. Subsequente manifestação da defesa constituída. Apresentação/deferimento de pedido de oitiva de testemunhas. Acompanhamento pelo advogado contratado da instrução. Prejuízo. Ausência. Impossibilidade de reconhecimento da nulidade. Ordem não conhecida.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Dúvidas não há acerca da imprescindibilidade de apresentação da defesa preliminar, seja por meio de defensor constituído, seja por meio de causídico nomeado pelo juiz. A ausência de tal contraditório antecipado é causa de nulidade absoluta (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 421).

3. Existente instrumento de mandato nos autos do inquérito policial, é de se promover a intimação do advogado constituído (na espécie, tratou-se de advogada de escritório universitário de prática forense, equivalente, portanto, à advocacia dativa) para a apresentação a resposta à acusação. *In casu*, com a nomeação de defensor público, que, efetivamente, ofereceu a defesa preliminar, em vez de se intimar o constituído, houve distanciamento da mais escorreita aplicação da ampla defesa, na sua dimensão

que confere ao réu o direito de eleger o seu representante. Todavia, à luz do princípio da instrumentalidade das formas, não é de se declarar nulidade, dada a ausência de prejuízo - sublinhe-se que, na fase policial, nenhum ato defensivo foi praticado. O maior problema que poderia ter ocorrido na espécie, a deficiência na produção da prova, não ocorreu. Em tempo, após o recebimento da incoativa, os advogados constituídos compareceram nos autos e o pedido de colheita de provas foi acolhido. E, ademais, as alegativas todas que poderiam ter sido agitadas para contornar o recebimento da denúncia, vieram à tona quando das alegações finais.

4. Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 20 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora.

DJe 1º.7.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de *Davi Guedes Messiano da Silva*, contra acórdão do *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*, que não reconheceu nulidade na ação penal a que respondia o paciente - HC n. 609749000.

Perante o Tribunal local, foi impetrado *habeas corpus*, argumentando que o paciente sofreria constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Paranaíba-PR, em razão de ter sido nomeada a defensoria pública do município para apresentação de sua defesa preliminar, mesmo tendo o paciente constituído defensor na fase inquisitorial. Sustentaram que houve efetivo prejuízo para o paciente, uma vez que a apresentação da defesa prévia por parte da defensoria pública foi deficitária, genérica, não tendo requerido as necessárias as diligências ou arrolado testemunhas, e que, apesar de o paciente ter sido representado por seus defensores constituídos

nas audiências designadas, a falta de intimação destes para a apresentação da defesa prévia e consequente nomeação da defensoria pública para fazê-lo causou prejuízo irreparável ao ora paciente, em violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Todavia, a ordem foi denegada, *verbis*:

(...) O pedido liminar restou indeferido através da decisão de fls. 207-209, exarada pelo I. Juiz Substituto de 2º Grau, Dr. Rui Portugal Bacellar Filho.

Informações pelo culto Magistrado monocrático às fls. 195-196 (fax) e 212-213 (original), acompanhadas de documentos de fls. 197-205 (fax) e 214-222 (original), dando conta de que o paciente, citado em data de 22.4.2009 (fls. 129 dos autos originários), não apresentou resposta escrita no prazo legal, sendo nomeado defensor público para o ato (fls. 132 dos autos originários), o qual apresentou a defesa preliminar em data de 11.5.2009 (fls. 133 dos autos originários).

Informou que, posteriormente a isto, o paciente nomeou outros patronos, os quais pretenderam a revogação da anterior nomeação da defensoria pública, no intento de apresentar nova resposta preliminar e de adiar a audiência de instrução e julgamento designada, pretensão esta que restou indeferida às fls. 156. Disse ainda que não obstante isso, os defensores constituídos do paciente compareceram à audiência sem formalizar qualquer requerimento de diligência ou produção de provas em favor do paciente (conforme fls. 174-175 dos autos originários).

Concluiu, por fim, que “não havendo qualquer intervenção da defensora dativa (fls. 66) na fase do inquérito policial, tampouco na fase judicial, já que atuava pelo Núcleo de Prática Jurídica da Unipar, havendo constatação de regular citação do acusado na fase processual (Artigo 396, A - § 2º do CPP), (...) não houve qualquer prejuízo ou macula que possa ter contaminado o processo, até mesmo porque não é incomum que defensores atuantes na fase inquisitorial não sejam os mesmos constituídos para o processo criminal.”

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer de fls. 227-233, onde se manifestou pela concessão parcial da ordem, no intuito tão somente de oportunizar nova apresentação de defesa prévia, seguindo-se nova manifestação quanto ao contido no artigo 397 do Código de Processo Penal e, se for o caso, aproveitando-se os demais atos realizados, o que não implicará maiores delongas, nem constrangimento pelo excesso de tempo para instrução, observando-se que o paciente está preso também por outros processos, inclusive com condenação.

(...)

2. Conheça do feito, uma vez que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Pleiteiam os impetrantes a nulidade do feito a partir da citação do paciente, vez que este mesmo tendo constituído advogado na fase inquisitorial, teve sua defesa prévia apresentada por intermédio de defensor público. Argumenta que o referido ato processual foi realizado de modo deficitário, genérico, não tendo sido requerido as necessárias diligências ou arrolado testemunhas, e que isto causou prejuízo irreparável ao ora paciente, em violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Requer assim, a concessão de alvará de soltura em favor do paciente, pois com a anulação do feito restará configurado o excesso de prazo para a formação da culpa.

Pois bem, não assiste razão aos impetrantes.

De início cumpre salientar que no presente caso não houve qualquer irregularidade na citação pessoal do acusado, uma vez que, tendo o réu sido citado em data de 22.4.2009 (fls. 135-TJ), e não apresentado resposta escrita no prazo legal (conforme Certidão de fls. 137-TJ), lhe foi nomeado defensor público para o ato (fls. 138-TJ). A nomeação de defensor público para apresentar resposta escrita assim, vale dizer, não foi irregular, uma vez que feita nos estritos e pontuais termos do artigo 396-A, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (Incluído pela Lei n. 11.719, de 2008).

(...)

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei n. 11.719, de 2008).

O proceder da autoridade impetrada, de nomear defensor público para o ato, em vista de não ter o réu nem constituído defensor no processo nem apresentado defesa prévia no prazo legal, foi correto, e diante das circunstâncias, não pode ser considerado como ato viciado, pois foi em

consonância com a orientação expressa do texto legal e da melhor doutrina. Veja-se, nesse sentido, orientação de Guilherme de Souza Nucci:

(...) se o acusado, citado pessoalmente, não apresentar a defesa prévia no prazo legal, há, na realidade, duas hipóteses: a) não possui defensor constituído, por qualquer razão. Nesse caso, o magistrado nomeará um defensor dativo ou enviará o feito para a Defensoria Pública, que assumirá o patrocínio da causa. (...); b) possui defensor constituído, que deixou escoar o prazo, sem oferecer a peça defensiva. O réu deve ser considerado indefeso, com a nomeação de outro advogado para assumir a causa ou a remessa dos autos à Defensoria Pública. (...) (in Código de Processo Penal Comentado - 8ª edição - Ed. Revista dos Tribunais - p. 716-717).

De qualquer modo, verifica-se que a defesa prévia foi efetivamente apresentada pelo defensor público (fls. 139-TJ), dentro da normalidade processual, sendo que a alegada “defesa constituída na fase do inquérito policial” (cuja procuração encontra-se juntada nos autos de inquérito - fls. 72-TJ), não foi referendada oportunamente em Juízo, ou seja, não foi regularmente constituída no processo criminal, sem embargo de se tratar também de defesa dativa que, conforme aduzido pela autoridade impetrada, sequer procedeu a “qualquer intervenção (...) na fase do inquérito policial, tampouco na fase judicial, já que atuava pelo Núcleo de Prática Jurídica da Unipar”.

Ou seja, ainda que a defesa prévia viesse a ser apresentada pelo defensor constituído no inquérito, seria feita também por uma defesa dativa, e não pelos defensores posteriormente constituídos para atuarem na audiência de instrução e julgamento (constituídos, diga-se, faltando apenas nove dias para a realização da audiência), o que não mudaria em nada a situação processual apresentada, pois - relembre-se - o acusado somente nomeou os impetrantes como defensores constituídos, ao contrário do alegado, quando da proximidade da audiência de instrução e julgamento (em data de 10.6.2009, quando a audiência estava agendada para a data de 19.6.2009), ou seja, tendo sido citado em 22 de abril de 2009 (fls. 135-TJ), deixou passar quase dois meses para constituí-los, tendo durante todo este tempo sido representado por defensores dativos. Desse modo, não houve mesmo prejuízo para o paciente, e não se decreta nulidade sem comprovação de prejuízo, conforme Súmula n. 523 do STF:

Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal:
“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência, só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Assim, ainda que se diga imprescindível a notificação do defensor dativo constituído no inquérito policial para apresentação da defesa prévia (apresentada mesmo assim de modo indene pelo defensor público), tratando-se de nulidade relativa, o reconhecimento da eventual nulidade resulta condicionado à comprovação efetiva de prejuízo em detrimento do interesse do incriminado, o que inexistiu nos autos, uma vez que - repita-se - a defesa prévia foi devidamente apresentada pela defensoria pública, e ao que parece, em nada alterado o quadro probatório caso fosse apresentada pela defensoria dativa (Núcleo de Prática Jurídica da Unipar).

Desse modo, a meu ver, não resta configurado o constrangimento ilegal remediável pela via heróica, uma vez que não vislumbro comprovação de efetivo prejuízo para a defesa no fato de a defensoria pública ter apresentado a defesa prévia do acusado.

Nesse sentido é a recente jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Furto qualificado. Nulidade. Ausência de defesa técnica. Não reconhecimento. Defensor dativo. Defesa prévia e alegações finais apresentadas. Atuação de acordo com o art. 404 do CPP. Prejuízo. Ausência.

1. Segundo reiterado entendimento jurisprudencial albergado na Súmula n. 523 do STF, a alegada deficiência de defesa técnica, para o fim de anular o processo, deve demonstrar o efetivo prejuízo, o que, na espécie, não se comprova ante a regular atuação do defensor dativo.

2. Ordem denegada.

(STJ - HC n. 65.669-PB - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - 6ª T. - Julg. em 18.6.2009 - DJe 3.8.2009).

Habeas corpus. Processual Penal. Atentado violento ao pudor. Deficiência da defesa técnica. Constrangimento ilegal não-evidenciado. (...)

1. O fato de o defensor não arrolar testemunhas, por ocasião da defesa prévia, e de não postular diligências

complementares, na fase do art. 499 do CPP, não faz presumir a desídia do causídico, uma vez que, até por fidelidade processual, o profissional não está obrigado a requerer providências inócuas e desinfluentes ao deslinde da causa. Assim, a constatação da incúria, nesse particular, exigiria a demonstração de que tal patrono tinha conhecimento de relevante elemento probatório e, mesmo assim, deixou de postular a sua produção, causando, com isso, prejuízo à defesa do réu, incumbência esta que o impetrante não logrou indicar e comprovar na espécie.

(...) (STJ - HC n. 81.206-PR - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - 5ª T. - Julg. Em 14.10.2008 - DJe 3.11.2008). (grifo nosso).

Processo Penal. Nulidade. Vício já sanado. Inexistência de prejuízo. Impossibilidade de declaração.

1. A declaração de nulidade, no processo penal, conforme reiterada jurisprudência, depende da prévia comprovação de prejuízo.

2. Sanado, pelo juízo, a ausência de intimação para defesa prévia, inexistente dano e, conseqüentemente, nulidade processual a ser reconhecida.

3. Ordem denegada.

(STJ - HC n. 123.423-RS - Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP) - 6ª T. - Julg. em 16.4.2009 - DJe 11.5.2009).

Por conseguinte, conclui-se que o contraditório e a ampla defesa foram plenamente exercidos pelo paciente - os impetrantes mesmo afirmam que toda a audiência de instrução foi acompanhada pelos mesmos - não havendo, portanto, que se falar em constrangimento ilegal e nem mesmo em nulidade pelo fato de a defesa prévia ter sido apresentada por defensor público.

Em face do acima exposto e por tudo o mais que dos autos consta, conheço do presente *writ* para, porém, denegar a ordem pleiteada. (fls. 292-295).

Comparecem, então, perante esta Corte, reavivando, essencialmente, o quanto destacado na origem. Obtemperam que, não obstante tratar-se o paciente de réu confesso, não haveria razão para privá-lo de plena defesa, vazada na possibilidade de apresentação de defesa preliminar da lavra de defensores constituídos.

Acentuam que não é possível promover-se a aplicação literal do art. 396-A do Código de Processo Penal, desligada dos princípios constitucionais.

Requerem, liminarmente e no mérito, a anulação da ação penal a partir do oferecimento da resposta à acusação.

A liminar foi indeferida pelo então Presidente desta Corte, Ministro, hoje aposentado, Cesar Asfor Rocha, fl. 273.

As informações foram prestadas, fls. 276-305, 320-370 e 373-386.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 308-311, da lavra do Subprocurador-Geral da República Alcides Martins, opinando pela denegação da ordem.

Segundo as últimas informações, sobreveio o trânsito em julgado da condenação, encontrando-se o paciente cumprindo a pena de seis anos e três de reclusão, tendo alcançado, recentemente, progressão ao regime semiaberto.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

Habeas corpus. Julgamento por Tribunal Superior. Impugnação. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. *Processo-crime. Diligências. Inadequação.* Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC n. 109.956, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 7.8.2012, Processo Eletrônico DJe-178 divulg. 10.9.2012 public. 11.9.2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Eis o teor do art. 396-A do Código de Processo Penal, em torno do qual gravitam as questões suscitadas:

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei n. 11.719, de 2008).

Dúvidas não há acerca da imprescindibilidade de apresentação da defesa preliminar, seja por meio de defensor constituído, seja por meio de causídico nomeado pelo juiz. A ausência de tal contraditório antecipado é causa de nulidade absoluta (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 421).

Contudo, regularmente citado o réu, não sendo aforada a resposta escrita em tempo, sem que tenha sido intimado o advogado constituído nos autos do inquérito policial, a questão é delicada, pois ausente específica previsão expressa no Código de Processo Penal.

A princípio, porquanto existente instrumento de mandato nos autos, esta Ministra tende a crer que seria necessária a intimação do advogado constituído (na espécie, causídica de escritório universitário de prática forense, equivalente a advocacia dativa), para que fosse apresentada a resposta. Daí, entendendo que teria havido distanciamento da mais escorreita aplicação da ampla defesa, na sua dimensão que confere ao réu o direito de eleger o seu representante. Contudo, penso que o caso em testilha deve ser enfocado *cum granu salis* e à luz do princípio da instrumentalidade das formas.

A propósito, eis a lição do Professor Associado da Faculdade de Direito da USP, GUSTAVO BADARÓ:

Como explica Tornaghi, “a forma, o lugar e o tempo dos atos processuais são determinados com critério teleológico, isto é, para o fim de assegurar certos bens jurídicos que a lei reputa politicamente necessários ou tecnicamente convenientes”. Por isso, as formas não são um fim em si mesmas. Ao contrário, são meios que permitem que o ato atinja seus fins.

O princípio da instrumentalidade das formas equivale ao princípio do prejuízo pelo qual não se anula o ato se da

atipicidade não decorreu prejuízo para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 563. Esta regra é a “viga mestra em matéria de nulidade” (Tourinho). O art. 566 do CPP completa tal regime de flexibilização das formas ao dispor que não se declara a nulidade que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa. Trata-se da conhecida máxima *pás de nullité sans grief*.

Segundo a maior parte da doutrina, o princípio do prejuízo não se aplica às nulidades absolutas, em que o “prejuízo é presumido”. Tal posição não é correta por partir da premissa equivocada de que a forma é um fim em si mesma. Atentando-se para o caráter instrumental do processo, conclui-se que, mesmo nos casos em que o vício poderia caracterizar nulidade absoluta, se o ato cumpriu sua finalidade, não há que falar em nulidade. Por sua vez, quanto às nulidades relativas, há consenso de que sua decretação depende da demonstração do prejuízo.

Toda nulidade exige um prejuízo. Há casos em que o prejuízo é evidente. No entanto, isso não se confunde com a não ocorrência, apenas sendo desnecessário demonstrá-lo. Excepcionalmente, mesmo em uma das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido. (*Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 577-578).

Assim, por mais que entenda que, nas circunstâncias, teria sido o mais apropriado intimar-se o defensor constituído, acredito que, pelo cânone da instrumentalidade das formas, em verdadeira e árdua tarefa de ponderação de valores, ausente prejuízo, penso ser inviável a decretação de nulidade. Sublinho, por oportuno, que, no correr do inquérito policial, não foram realizados atos defensivos por parte da advogada do núcleo de prática.

Note-se que, o maior problema que poderia ter ocorrido, a deficiência na produção da prova, não veio a se materializar. Em tempo, após o recebimento da incoativa, os advogados constituídos compareceram nos autos e o pedido de colheita de provas foi acolhido, fl. 197.

E, ademais, as alegativas todas que poderiam ter sido agitadas para contornar o recebimento da denúncia, vieram à tona quando das alegações finais.

Não constou da impetração qualquer tema ou elemento que poderia ter sido suscitado no limiar da ação penal, mas que, em função da ausência de defesa preliminar formulada pela *defesa constituída*, deixou de ser consignado.

Desta forma, ausente qualquer prejuízo, não há falar em reconhecimento de nulidade, como já teve oportunidade de assentar esta Corte, em situação assemelhada:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Tráfico internacional de entorpecente (cocaína). Advogado constituído na fase do inquérito policial. Citação do réu. Resposta preliminar não apresentada. Remessa dos autos ao defensor público. Revogação tácita do mandado judicial por ocasião do interrogatório judicial. Observância do procedimento legal. Inexistência de constrangimento ilegal. Prejuízo não demonstrado. Ordem denegada.

1. Não há previsão legal para a intimação do advogado constituído quando da instauração do inquérito policial, que é mera peça informativa, prescindível, inclusive, para dar início à ação penal, inexistindo constrangimento ilegal decorrente de ato judicial praticado com estrita observância de procedimento previsto na legislação de regência (Lei n. 10.409/2002, art. 38).

2. Por outro lado, assistido por defensor público quando do interrogatório, não se insurgiu o paciente contra a ausência do advogado por ele anteriormente constituído, o que implica revogação tácita daquela procuração.

3. Com efeito, a prática pelo réu de ato incompatível com a manutenção de mandado judicial anteriormente outorgado acarreta revogação tácita do referido instrumento.

4. Por fim, para a declaração de eventual nulidade relativa, há que estar demonstrado o efetivo prejuízo.

5. Ordem denegada.

(HC n. 41.049-CE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 2.6.2005, DJ 22.8.2005, p. 316).

Nesse cenário, não visualizo espaço para a cognição deste sucedâneo recursal.

Ante o exposto, não conheço da ordem.

É como voto.