RECURSO ESPECIAL Nº 1.790.639 - RS (2019/0005566-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	SIDNEI COSTA GELINSKI
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRENTE	:	CARLOS NARCISO CORREA
ADVOGADO	:	PAULO RICARDO ENNES MARQUES - RS068804
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por SIDNEI COSTA GELINSKI, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que negou provimento ao apelo defensivo, com a seguinte ementa (e-STJ fls. 620-621):

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. ART. 334, § 1º, 'C', DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO. CIGARROS. MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. VALORAÇÃO NEGATIVA. DOSIMETRIA. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA.*
> *1. Ausente demonstração de eventual prejuízo causado pela nomeação de defensor dativo para a audiência de instrução e julgamento, não há falar em decretação de nulidade de tal ato processual.*
> *2. Devidamente comprovados a materialidade, autoria e dolo e considerando a inexistência de causas excludentes, impõe-se a manutenção da condenação do apelante pelo crime de contrabando.*
> *3. Cabível valorar negativamente as circunstâncias do crime, considerando a grande quantidade de mercadoria internada irregularmente e o considerável prejuízo à saúde e aos cofres públicos.*
> *4. Presente a atenuante da con?ssão espontânea. Entretanto, como a pena intermediária já foi ?xada no mínimo legal, não há como efetuar redução aquém desse patamar, nos termos da Súmula 231 do STJ.*
> *5. Mantido o efeito de inabilitação para dirigir veículo se, conforme as circunstâncias do caso, for importante sua ?nalidade dissuasória, bem como se comprovado que a utilização do veículo foi imprescindível ao iter criminis de delitos dolosos.*
> *6. Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.*
> *7. Apelação desprovida.*

Consoante se extrai dos autos, após a instrução criminal, sobreveio sentença julgando procedente a denúncia para condenar o réu SIDNEI COSTA GELINSKI, pela prática do delito do art. 334, § 1º, alínea 'c', do Código Penal (com

redação anterior à Lei n. 13.008/2014), c/c os arts. 2º e 3º do Decreto-lei n. 399/1968, às penas de 1 ano de reclusão, em regime inicial aberto, ficando a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direito (prestação de serviços à comunidade ou a limitação de final de semana, a depender de parecer técnico da assistente social), com inabilitação para dirigir veículo automotor em território nacional, durante o período da condenação, e ao pagamento de metade das custas processuais.

Na sequência, a 7ª Turma do TRF da 4ª Região, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo *in totum* a sentença.

Nas razões do apelo nobre, sustenta a defesa que o acórdão negou vigência ao art. 4º-A, IV, da Lei Complementar n. 80/1994, pela nomeação de defensor dativo em audiência quando já havia defensor público nomeado.

Aponta, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial e violação do art. 147 da LEP, tendo em vista não ser possível a execução provisória das penas restritivas de direito.

Requer, ao final, o provimento do recurso para que seja decretada a nulidade das audiências de instrução e julgamento realizadas nos dias 25/8/2016 e 29/9/2016, bem como dos atos posteriores, devido à realização do ato por defensor *ad hoc*, em violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do defensor público natural (art. 4ª-A da LC n. 80/1994).

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ fls. 709-721), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 724-727), os autos ascenderam a este Superior Tribunal.

Em parecer (e-STJ fls. 745-751), o Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento do recurso.

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

No que tange à suposta afronta à plenitude da defesa em razão da nomeação de advogada dativa, o TRF assim fundamentou o afastamento da alegada nulidade (e-STJ fls. 609-610) :

> *[...]*
> *Postula o apelante o reconhecimento da nulidade da audiência de instrução e julgamento, realizada no dia 25/08/2016 (ev. 91), e dos atos posteriores, devido à sua realização por Defensor Dativo, em violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do defensor público natural.*
> *A alegação foi bem examinada pela sentença, da lavra da Exma. Juíza Federal Substituta da 22ª Vara Federal de Porto Alegre, Dra. CRISTINA DE ALBUQUERQUE VIEIRA, que agrego como razão de decidir:*
>
> > *Sustentou a Defensoria Pública da União, em síntese, a nulidade da presente Ação Penal, desde a audiência de instrução e julgamento, realizada em 25/08/2016 (evento 91), em razão deste Juízo ter nomeado Defensor Dativo para prestar assistência técnica ao réu SIDNEI, o que, então, violaria os princípios do contraditório, da ampla defesa e do*

defensor público natural (evento 156).
Como bem aponta o texto colacionado pela defesa nos memoriais, o referido princípio consiste em que o defensor não poderá ser afastado arbitrariamente dos casos em que deva oficiar.
Na situação em exame, não houve afastamento arbitrário da Defensoria Pública da União, já que o defensor dativo foi especialmente nomeado para acompanhar o ato, na ausência do Defensor Público, em razão da participação na Mobilização da DPU.
De fato, foi o Defensor Público atuante no feito que se despiu de sua obrigação funcional de participar do ato.
Saliento, que referida afirmação não implica em critica à posição do Servidor Público na busca de valorização profissional, pois dita atitude, além de não estar sendo objeto de julgamento, espelha o exercício de uma faculdade inquestionável. Todavia, em razão disso, não se pode acolher argumentação de violação ao princípio do Defensor Natural (instituto criado pela doutrina, sem expressa e delimitada previsão legal), com a intenção de se obter prerrogativa processual inexistente.
A simples menção feita pela LC 80/94 de que o cidadão assistido tem o direito de ser atendido pelo 'defensor natural', não tem o alcance que se pretende de, na omissão da instituição, paralisar todos os feitos em que oficiante o órgão público.
Seria gravoso ao sistema Judicial se a cada paralisação de alguma carreira jurídica com atuação perante o Poder Judiciário, este sustasse suas atividades esperando a solução do movimento paredista.
Por outro lado, o princípio da celeridade processual é um comando constitucional que se dirige a todos os atores do processo e não apenas aos Magistrados, sendo todos aqueles responsáveis pela rápida solução dos litígios.
Por fim, ressalto que a mera alegação, sem demonstração de prejuízo, não justiça a declaração da alegada nulidade. E, no caso em exame, não houve prejuízo ao réu, que teve sua defesa técnica competentemente desempenhada por profissional dativo.

Constata-se que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte, porquanto a nomeação do defensor dativo se deu em razão da

impossibilidade de atuação da Defensoria Pública – participação na Mobilização da DPU –, não havendo que se falar em nulidade, ainda mais quando não demonstrado prejuízo à defesa do réu.

No mesmo sentido (grifos acrescidos):

> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTELIONATO. GREVE. IMPOSSIBILIDADE MOMENTÂNEA DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE ADVOGADO DATIVO. POSSIBILIDADE. TÉRMINO DA GREVE. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA DEFENSORIA NOS AUTOS NO MOMENTO OPORTUNO. TRÂNSITO EM JULGADO. IMPUGNAÇÃO TARDIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ATUAÇÃO DO PATRONO DATIVO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*
>
> ***2. O Juízo singular, ao constatar a impossibilidade de atuação da Defensoria Pública no processo, ainda que momentânea - em razão de greve -, poderá revogar a nomeação da Defensoria e, em seu lugar, nomear advogado dativo para o exercício da defesa do réu. Isso porque, caso contrário, provocar-se-ia a paralização da ação penal até o deslinde da greve, fato que poderia levar ao implemento de consequências indesejáveis, tais como: prolongamento do sofrimento daquele que se submete a uma ação penal, aumento dos custos da máquina pública e, até mesmo, impunidade advinda de eventual prescrição criminal. Precedentes.***
>
> *3. No caso em exame, como a Defensoria Pública da União entrou em greve, não foi possível intimá-la acerca do indeferimento de diligência por ela requerida, fato que motivou o magistrado de primeiro grau a revogar a nomeação da Defensoria e, em seu lugar, nomear advogada dativa, que atuou no processo a partir de então. Mesmo após o término da greve - o que, de acordo com a impetrante, ocorreu antes do momento oportuno para a apresentação de alegações finais -, a DPU permaneceu inerte, sem manifestação alguma no processo. Finalmente, meses após o trânsito em julgado do acórdão que julgou recurso de apelação, decidiu-se impetrar o presente habeas corpus com o intuito de voltar a atuar em ação penal que chegou ao fim.*
>
> *4. Nos termos da legislação processual pátria, não cabe à parte arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido (ex vi, art. 565 do CPP). Precedentes.*
>
> *5. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento de nulidade no curso do processo penal reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio pas de nullité sans grief. Precedentes.*
>
> *6. Hipótese em que a advogada dativa, que assumiu o processo ante a greve da DPU, atuou ativamente no feito (ofereceu alegações*

finais, apresentou contrarrazões ao apelo ministerial, assim como interpôs recurso de apelação), razão pela qual não há falar em desídia ou prejuízo à defesa do paciente.
7. Habeas corpus não conhecido.
(HC 299558/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PLEITO DE DECLARAR A NULIDADE DO JULGAMENTO PLENÁRIO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO, APÓS A DEFENSORIA PÚBLICA AFIRMAR QUE NÃO PODERIA PATROCINAR OS RÉUS, QUE ANTERIORMENTE INTIMADOS PARA QUE CONSTITUÍSSEM OUTRO PATRONO AFIRMARAM NÃO TER CONDIÇÕES PARA TANTO. PROCEDIMENTO EM CONSONÂNCIA COM AS REGRAS DO PROCESSO PENAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.
1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.
2. O entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.
3. A defesa dos Pacientes estava a cargo de Advogado Constituído. Diante da renúncia deste, os réus foram intimados para nomear novo Defensor e afirmaram não poder contratar outro profissional. O Juiz condutor do feito requisitou a designação de Defensor Público para patrocinar os acusados no julgamento pelo Tribunal do Júri e, como não foi atendido, por falta de disponibilidade dos membros da Defensoria Pública gaúcha, nomeou Defensor Dativo para o ato. 4. O procedimento adotado pelo Juízo processante encontra-se em perfeita consonância com as regras de processo. Descabido, assim, o pleito de reconhecimento de nulidade no julgamento plenário, ao argumento de ofensa ao princípio do defensor natural.
5. Nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, "[n]enhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa." É a consagração, entre nós, do princípio do prejuízo, também conhecido pela expressão "pas de nullité sans grief". 6. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.
7. Ordem de habeas corpus não conhecida.
(HC 281965/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA,

julgado em 26/08/2014, DJe 04/09/2014)

Ademais, tendo sido o réu representado na sessão de julgamento por defensor dativo, não se observa a ocorrência de prejuízo, o qual é essencial para fins de declaração de nulidade, conforme o princípio *"pas de nullité sans grief"*, consagrado pela pacífica jurisprudência deste Tribunal Superior.

Nesse sentido (grifos acrescidos):

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. NULIDADE DE CITAÇÃO POR EDITAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. RECURSO DE APELAÇÃO DEVIDAMENTE INTERPOSTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*
> *1. Nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, consubstanciado pela máxima do pas de nullité sans grief, não há que ser declarado um ato como nulo se da nulidade não resultar prejuízo.*
> *2. Na hipótese, muito embora o oficial de justiça, a fim de intimar o paciente quanto à sentença condenatória proferida em seu desfavor, tenha diligenciado em endereço que não o constante dos autos, o que ensejou sua intimação por edital, verifica-se que não houve prejuízo à defesa, porque devidamente interposto o respectivo recurso de apelação.*
> ***3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de que o postulado "pas de nullité sans grief impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atinge a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo" (RHC n. 71.626/CE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 1º/12/2017), o que não ficou evidenciado na espécie.***
> *4. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no HC 408687/ES, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 05/04/2018)*
>
> *PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU SOLTO. INTIMAÇÃO PESSOAL FRUSTRADA. POSSIBILIDADE DE INTIMAÇÃO POR EDITAL. ADVOGADO DEVIDAMENTE INTIMADO PELO DJ. 3. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA NOMEAR NOVO ADVOGADO. DESNECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE DATIVO. 4. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de*

> *flagrante ilegalidade.*
> *2. Não há se falar em irregularidade na intimação da paciente por edital, a uma porque a intimação por edital se implementou após ter sido frustrada sua intimação pessoal e a duas porque, diante da regular intimação do causídico por meio da imprensa oficial, não era imprescindível a intimação pessoal da paciente, que se encontrava em liberdade. Precedentes.*
> *3. Diante do caráter de voluntariedade do recurso, sua não interposição pelo advogado constituído não enseja a intimação pessoal da paciente para constituir novo causídico nem a nomeação de defensor público ou dativo para apresentar recurso. Dessarte, não há se falar em nulidade.*
> ***4. Nem sequer se apontou em que consistiria eventual prejuízo, uma vez que a não interposição de recurso, por si só, não denota prejuízo ao réu, porquanto não demonstrado de que forma sua situação processual poderia ter sido melhorada, acaso utilizada a sede recursal. Dessa forma, além de não se verificar nenhum tipo de nulidade quanto à intimação do advogado e da paciente, não se demonstrou eventual prejuízo.***
> *5. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 345143/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017).*

Por outro lado, com relação à execução provisória da pena restritiva de direitos, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 126.292/SP, das ADCs n. 43 e 44, e do ARE n. 964.246/SP, cuja repercussão geral foi reconhecida, tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, esta Corte Superior de Justiça tem se posicionado no sentido de que tal possibilidade não se estende às penas restritivas de direitos, tendo em vista a norma contida no art. 147 da Lei de Execução Penal.

A propósito (grifos acrescidos):

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO.*
> *DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
> *1. Embargos de declaração, opostos dentro do quinquidio legal, recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da celeridade e economia processual.*
> *2. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência desta Corte superior.*
> ***3.** Ressalva compressão pessoal diversa, **a Terceira Seção, no julgamento do EResp 1.619.087/SC, na sessão de 14/6/2017, adotou a orientação quanto à impossibilidade de execução provisória da pena restritiva de direitos, sendo indispensável, em tais casos, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal.***
> *4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.*

> *(EDcl no RHC 92.257/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018)*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
> *1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos.*
> ***2. Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. Precedentes.***
> ***3. De qualquer forma, no caso das penas restritivas de direitos, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento de que não cabe execução provisória antes do trânsito em julgado, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal****, consoante julgamento dos EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp 971.249/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 28/11/2017. No mesmo diapasão: 1.619.087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, Terceira Seção, julgado em 14/06/2017, DJe 24/08/2017; AgRg no HC 447.852/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018; AgRg no HC 440.449/SC, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 01/06/2018 e AgInt no AREsp 1153446/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018.*
> *4. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no HC 448.711/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou parcial provimento ao recurso especial** apenas para suspender a execução provisória da pena restritiva de direitos até o trânsito em julgado da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator