RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 108.954 - PR (2019/0059778-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : ANTONIO ELIAS DE FARIA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. ESTELIONATO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. NOMEADO DEFENSOR *AD HOC*. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.
Recurso em *habeas corpus* improvido.

DECISÃO

Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por **Antônio Elias de Faria** contra o acórdão proferido pela Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no HC n. 5028333-92.2018.4.04.0000/PR.

Tem-se dos autos que o ora recorrente foi denunciado pelo delito previsto no art. 171 do Código Penal, sendo que, na audiência do dia 3/5/2017, o Juízo *a quo* não intimou a Defensoria Pública da União para comparecer à referida audiência, tendo nomeado defensor dativo para solenidade (Autos n. 5032217-18.2017.4.04.7000/PR).

Inconformada, alegando nulidade em razão da não intimação da Defensoria Pública da União, a defesa do recorrente impetrou *habeas corpus* no Tribunal de origem, que indeferiu a ordem.

Daí a presente impetração, em que se alega constrangimento ilegal decorrente de nulidade processual, diante da impossibilidade de nomeação de profissional diverso do defensor público com atribuição legal para atuar na causa.

Defende que *a audiência padeceu de vício insanável, pelo que deve ser anulada, visto que o próprio Juízo já tinha determinado a atuação da DPU no feito, caso o acusado não constituísse novo advogado* (fl. 54).

Aduz que *diante da ausência de intimação ao ato processual do Defensor*

Público Federal que acompanha o caso, não resta alternativa senão a decretação da nulidade da audiência com a sua renovação, intimando-se prévia e pessoalmente o membro da Defensoria Pública da União em prazo adequado (fls. 59/60).

Requer, assim, *a concessão da ordem de Habeas Corpus, declarando-se a nulidade absoluta da audiência de instrução realizada no dia 03 de maio de 2018 em virtude da ausência de intimação desse órgão de assistência jurídica* (fl. 60).

Pleiteia, ainda, que *seja emitido pronunciamento expresso acerca da aplicação dos dispositivos aqui citados (incs. LIV, LV e LXXIV, art. 5°, da Constituição Federal), a fim de prequestionar a interpretação dada pela Corte às normas constitucionais, isto na hipótese deste incidente não ser provido* (fl. 60).

É o relatório.

Busca a defesa a declaração de nulidade processual, pois foi nomeado defensor dativo ao ora recorrente, quando, em verdade, deveria ser intimada a Defensoria Pública da União para comparecer à audiência de instrução e julgamento.

Sobre o tema, assim se manifestou o juiz singular (fls. 61/62):

> [...]
> Em 25/04/2018 o réu foi intimado pessoalmente para constituir novo defensor, conforme certidão do OJA acostada no evento 45. O decurso do prazo de 05 (cinco) dias sem manifestação do réu acerca da intimação para constituir novo defensor se deu em 02/05/2018. ou seja, apenas 01 dia antes da data designada para realização da audiência de instrução e julgamento, não havendo, desta forma, tempo hábil para que se efetuasse a intimação eletrônica da Defensoria Pública da União acerca da sua nomeação.
> Ainda, é de se ressaltar que a audiência de instrução e julgamento foi designada em 12/12/2017. ou seja, em data anterior à juntada do substabelecimento. que se deu em 24/01/2018. estando devidamente ciente, desta forma, o advogado substabelecente da sua designação.
> Desta forma, a constituição de novo advogado pelo réu não legitima a renovação de atos processuais em andamento ou já concluídos. De fato, embora o réu possa constituir novo advogado de sua confiança a qualquer momento, este recebe os autos no estado em que se encontram.
> Ademais, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, não há nulidade de ato processual sem a demonstração de efetivo prejuízo à defesa o que no presente caso não ocorreu, uma vez o réu foi devidamente acompanhado por defensor ad hoc.
> [...]

O Tribunal manteve o afastamento da nulidade, nos seguintes termos (fls. 11/12):

> [...]
> Os Tribunais Superiores firmaram o entendimento de que é imperiosa a necessidade de racionalização do writ, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte coação ou ameaça à liberdade de locomoção, o que, por ora, não é o caso dos autos.
> Tenho que não é possível, em sede de habeas corpus, ação constitucional que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, de rito célere e cognição sumária, afirmar o alegado cerceamento de defesa.
> Impende destacar que o remédio heróico destina-se a corrigir eventual ilegalidade praticada no curso do processo em especial quando houver risco ao direito ambulatorial do paciente, o que por ora não é o caso dos autos.
> [...]
> Com efeito, o Juízo *a quo* indeferiu, fundamentadamente, pedido de nulidade da audiência de instrução e julgamento realizada com a presença de defensor *ad hoc*, não havendo falar em constrangimento ilegal a importar em violação ao direito ambulatorial do paciente.
> Ademais, o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal exige uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief).
> [...]

Como se sabe, *a jurisprudência desta Corte de Justiça há muito se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado n. 523 da Súmula do STF [...]* (HC n. 445.299/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 28/6/2018).

In casu, assim como entenderam o juiz de piso e o Tribunal de origem, entendo que não houve comprovação de prejuízo em razão da ausência de intimação da Defensoria Pública da União, uma vez que o réu foi devidamente acompanhado por defensor *ad hoc*.

Ademais, o fato de a defesa não suscitar, em sede de alegações finais (fls. 102/106), nulidade decorrente da ausência de intimação, reforça o entendimento de que não há falar em efetivo prejuízo.

Assim, como não se demonstrou prejuízo efetivo para a defesa, impossível reconhecer qualquer nulidade processual.

No mesmo sentido o parecer do Ministério Público Federal, que, em reforço, adoto como razões de decidir (fls. 93/99):

> [...]
> 6. No mérito, todavia, a pretensão não merece prosperar.
> 7. É cediço que, em se tratando de nulidade, predomina, em nosso ordenamento jurídico, o "sistema da instrumentalidade das formas", em que se dá o maior valor à finalidade atingida pelo ato, mesmo viciado, bem como ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal.
> 8. Segundo o escólio de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, destacam-se, na ótica da instrumentalidade das formas, os princípios do prejuízo, da causalidade, do interesse e da convalidação. Acerca do princípio do prejuízo, confira-se as seguintes lições dos renomados juristas:
>
> > A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.
>
> 9. Acerca do quadro fático, colhe-se do acórdão regional trechos que bem esclarecem a quaestio:
>
> > '(...) 1. Evento 52: Requer a Defensoria Pública da União o reconhecimento da nulidade da audiência realizada em 03/05/2018 (evento 47) uma vez que referido ato de instrução foi realizado com defensor nomeado para o ato.
> > No evento 19 dos autos foi juntado substabelecimento sem reserva dos poderes outorgados pelo réu ao seu defensor constituído nos autos (procuração do evento 10) em favor do Dr. Jaldelenio Reis de Meneses, OAB/PB nº 5.634, advogado não cadastrado perante o e-Proc.
> > Conforme se verifica nos eventos 20 e 21 foram encaminhadas, via e-mail, solicitações, com as devidas orientações, a fim de que o defensor substabelecido efetuasse seu cadastro junto ao sistema e-Proc.
> > Em 09/03/2018 foi certificado nos autos que o Dr. Jaldelenio não realizou seu cadastro no e-Proc, não sendo possível sua vinculação aos autos (evento 22).
> > No evento 37 consta a seguinte informação:
> > 'Certifico que nesta data tentei contato com o advogado substabelecido (ev. 19), dr. JALDELENIO REIS DE MENESES e não obtive êxito, tendo em vista que o único telefone que encontrei foi no cadastro do CNA, o qual retorna a mensagem que o número não existe. Assim, entrei novamente em contato telefônico com o advogado JEFERSON SARINHO SOARES RIBEIRO, o qual informou que o dr. Jaldelenio estava com dificuldades para realizar o cadastro, mas que entrará novamente em contato com o referido advogado para providências.'
> > Em 25/04/2018 o réu foi intimado pessoalmente para constituir novo defensor, conforme certidão do OJA acostada no evento 45. O decurso do prazo de 05 (cinco) dias sem manifestação do réu acerca da intimação para

> constituir novo defensor se deu em 02/05/2018, ou seja, apenas 01 dia antes da data designada para realização da audiência de instrução e julgamento, não havendo, desta forma, tempo hábil para que se efetuasse a intimação eletrônica da Defensoria Pública da União acerca da sua nomeação.
>
> Ainda, é de se ressaltar que a audiência de instrução e julgamento foi designada em 12/12/2017, ou seja, em data anterior à juntada do substabelecimento, que se deu em 24/01/2018, estando devidamente ciente, desta forma, o advogado substabelecente da sua designação.
>
> Desta forma, a constituição de novo advogado pelo réu não legitima a renovação de atos processuais em andamento ou já concluídos. De fato, embora o réu possa constituir novo advogado de sua confiança a qualquer momento, este recebe os autos no estado em que se encontram.
>
> Ademais, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, não há nulidade de ato processual sem a demonstração de efetivo prejuízo à defesa o que no presente caso não ocorreu, uma vez o réu foi devidamente acompanhado por defensor ad hoc. (fls. 36/37 e-STJ).

10. Da leitura dos trechos supracitados, observa-se que a audiência de instrução realizada no dia 02/05/2018 foi designada em 12/12/2017, anteriormente à juntada do substabelecido, que se deu aos 24/01/2018. Posteriormente, o defensor constituído pelo paciente, Dr. Jaldelenio, deixou de cadastrar-se junto ao e-Proc. Como não se cadastrou no e-Proc, não foi possível sua vinculação aos autos.

11. Por sua vez, em 25/04/2018, o réu foi intimado pessoalmente para constituir novo defensor. Decorrido o prazo de 5 (cinco) dias sem manifestação do réu, o qual findou-se aos 02/05/2018, não houve tempo hábil para que fosse realizada a intimação eletrônica da Defensoria Pública da União acerca de sua nomeação.

12. Não obstante, houve a nomeação de defensor ad hoc para oa atuação na audiência de instrução. Ora, a despeito do art. 263 do Código de Processo Penal confira ao réu o direito de nomear advogado de sua confiança a qualquer tempo, este receberá os autos no estado em que se encontram.

13. Ademais, se houve a intimação do advogado constituído para a audiência de instrução e julgamento, o qual não compareceu sem justificativa, a nomeação de defensor ad hoc para atuar em tal ato processual não viola o direito do acusado de escolher patrono de sua confiança.

14. Outrossim, dispõe o §2º do art. 265 daquele diploma legal que incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato.

15. Ora, se não houve justificativa por parte do patrono constituído pelo recorrente até a abertura da audiência de instrução, designada em 12/12/2017 e realizada no dia 03/05/2018, não há cogitar-se de nulidade por ausência de intimação da Defensoria Pública da União, mormente quando houve a nomeação de defensor ad hoc para atuar naquele ato processual. Nesta diretriz:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. SENTENCIADO QUE POSSUI CAUSÍDICO CONTRATADO. REGULAR INTIMAÇÃO DO RÉU E DE SEU DEFENSOR PARA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NÃO COMPARECIMENTO DO PATRONO. DESIGNAÇÃO DE ADVOGADO AD HOC. LEGALIDADE.

INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE NOMEAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA ATUAR NO ATO. PATROCÍNIO PROVISÓRIO DE RÉU QUE NÃO É HIPOSSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEFENSOR NATURAL. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. IMPROVIMENTO DO AGRAVO.

1. A nomeação de defensor ad hoc para atuar em audiência na qual o advogado do réu, devidamente intimado, não comparece, não ofende o direito conferido ao acusado de escolher patrono de sua confiança. Inteligência dos artigos 263 e 265 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

2. O § 2º do artigo 265 do Código de Processo Penal determina que, na ausência do causídico contratado pelo acusado, um defensor substituto deve ser designado provisoriamente para o ato, não havendo qualquer exigência no sentido de que seja um membro do órgão de assistência judiciária, compreensão que contraria o próprio objetivo do dispositivo processual penal, que é o de evitar a perda de um ato processual que pode ser realizado validamente, já que nem sempre um Defensor Público estará disponível no local ou no momento da solenidade para atuar como advogado ad hoc.

3. Em momento algum, a Defensoria Pública logrou comprovar em que medida o agravante teria sido prejudicado com atuação do advogado dativo, circunstância que reforça a impossibilidade de reconhecimento da eiva suscitada, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal.

4. Agravo improvido. (g.n.).

(AgRg no AREsp 1072292/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 26/09/2018).

16. Com efeito, a mera alegação de que o defensor ad hoc não teve tempo hábil para conhecer de forma aproundada os termos da ação penal, a qual é complexa por envolver supostas fraude à licitação e a prática de estelionato, é insuficiente para caracterizar nulidade, haja vista que a referida nomeação para a audiência de instrução supriu a necessidade de defesa técnica, a teor do seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO CONCRETO AO RÉU. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. VIOLAÇÃO DO DIREITO DE ESCOLHA DO PATRONO. INEXISTÊNCIA. PRISÃO CAUTELAR. LEGALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

2. No presente mandamus, a defesa assevera que a prisão foi decretada em audiência nula, uma vez que não se observou o direito subjetivo do paciente de escolher seu patrono. Outrossim, ainda que o paciente tenha informalmente afirmado que não constituiria novo causídico, deveria lhe ter sido nomeado Defensor Público, e não advogado ad hoc.

3. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se trata de alegação de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em

consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP, o que, na hipótese, não ficou demonstrado.

4. O simples fato de o ora paciente ter sido assistido por defensor ad hoc designado pelo juízo na própria audiência de instrução e julgamento, em razão de seu advogado constituído ter renunciado ao mandato, cerca de 10 dias antes da realização da referida audiência, não enseja a declaração de nulidade do citado ato processual.

5. A designação de defensor ad hoc consagra a efetivação da exigência de defesa técnica, corolário do princípio constitucional da ampla defesa, não havendo que se falar, pois, em prejuízo decorrente apenas desse fato, nos termos do art. 263 do CPP, mormente quando o paciente, presente na audiência de instrução e julgamento, não exerceu o seu direito de constituir um novo advogado, e nem se insurgiu contra a designação do juízo.

6. A prisão cautelar do paciente está devidamente fundamentada. As decisões precedentes encontram-se amparadas na garantia da ordem pública, diante da notícia de que "o réu estaria 'rondando' a morada da vítima e da genitora com a intenção de intimidá-las, a fim de impedir que fatos análogos voltassem a ocorrer". Há, portanto, adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. (g.n.)

(HC n. 338.962/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 8/5/2018).

[...]

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso em *habeas corpus.*

Publique-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator