HABEAS CORPUS Nº 398.884 - PR (2017/0105311-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	BRUNO AUGUSTO GONCALVES VIANNA E OUTROS
ADVOGADOS	:	ALESSANDRO SILVERIO - PR027158
		BRUNO AUGUSTO GONÇALVES VIANNA - PR031246
		SYLVIO LOURENÇO DA SILVEIRA FILHO - PR056109
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE	:	PAULO MARCELINO ANDREOLI GONÇALVES

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de PAULO MARCELINO ANDREOLI GONÇALVES, apontando como autoridade coatora a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento da Apelação Crime n. 1536031-9.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 14 (catorze) anos e 2 (dois) meses de detenção, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, mais pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, como incurso no artigo 89 da Lei 8.666/1993, por 10 (dez) vezes.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido desprovido.

Sustentam os impetrantes que 2 (duas) testemunhas teriam sido inquiridas sem a presença da defesa técnica.

Alegam que, em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o fato de os referidos depoimentos terem sido colhidos por meio de carta precatória não eximiria o magistrado de origem de nomear advogado dativo ao paciente.

Aduzem que o prejuízo suportado pela defesa seria manifesto, já que tais declarações foram utilizadas para fundamentar o édito repressivo.

Requerem a concessão da ordem para que a ação penal seja anulada a partir da audiência realizada sem a presença da defesa técnica.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 661/662.

O Ministério Público Federal, às fls. 668/669, manifestou-se pela denegação do *mandamus.*

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Superado esse óbice, compulsando-se os autos constata-se que o paciente foi condenado como incurso no artigo 89 da Lei 8.666/1993, uma vez que, por 10 (dez) vezes, contratou diretamente empresas que eram geridas por ele próprio, violando a livre concorrência e a possibilidade de obtenção de melhores preços e serviços, prejudicando o controle dos gastos públicos e gerando danos ao erário (e-STJ fls. 136/137).

Feito este breve introito, é cediço que o princípio do contraditório, inerente ao devido processo legal implantado no Estado Democrático de Direito, deve ser respeitado durante toda a instrução criminal, já que se trata de uma forma de controle de legalidade da prova posta à disposição das partes.

Não é por outra razão que os elementos de convicção aptos a dar embasamento a eventual édito condenatório devem ser produzidos em juízo, conforme prescreve, *a contrario sensu*, o artigo 155 do Código de Processo Penal.

A ampla defesa constitucionalmente garantida deve abranger, assim, tanto o direito do acusado ser assistido por profissional habilitado, conhecida por defesa técnica, como o direito de autodefesa, cujo exercício é facultado em determinados atos processuais, como o interrogatório.

Sobre o tema, Antonio Scarance Fernandes leciona que "*a defesa técnica, para ser ampla como exige o texto constitucional, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva*" (Processo penal constitucional. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 295).

O aludido doutrinador prossegue, asseverando que "*não se deve prescindir da defesa nos momentos culminantes do processo, como sucede nas alegações finais e nas razões de recurso ou quando se produza prova relevante*, acrescentando que, "*se de alguma forma o defensor de confiança do acusado não realizar algum desses atos relevantíssimos, incumbe ao juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou só para o ato, tendo inteira aplicação o art. 265, parágrafo único, do CPP*", que "*não deve ser aplicado apenas aos atos instrutórios, mas também aos atos em que o defensor se pronuncia sobre a prova (alegações finais) ou sobre a sentença final (razões ou contra-razões de recurso)*" (Op. cit. p. 98).

Na espécie, embora a defesa não tenha suscitado a nulidade em questão durante o curso do processo, arguindo-a somente por ocasião da oposição de embargos de declaração contra o acórdão que julgou a apelação, é fato incontroverso que duas testemunhas foram ouvidas por meio de carta precatória sem a presença dos patronos contratados pelo acusado, e sem que lhe fosse designado defensor dativo (e-STJ fls. 458/460).

Com efeito, os termos de audiência de fls. |640-641, 652 e 654, comprovam que efetivamente não houve a nomeação de defensor *ad hoc* no ato deprecado, o que revela que durante o referido ato o réu esteve completamente indefeso, já que sequer foi designado advogado para acompanhar a assentada, circunstância que evidencia não apenas uma deficiência de defesa, mas, sim, a sua inexistência, maculando-o de forma absoluta, consoante o disposto no verbete 523 da Súmula do Pretório Excelso:

> *"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."*

Por conseguinte, ainda que o defensor constituído tenha sido intimado da expedição da carta precatória, sua ausência, ainda que sem motivo, enseja a nomeação de defensor *ad hoc* para patrocinar o acusado, sob pena de se configurar nulidade insanável.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.*
> *1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato*

apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

LATROCÍNIO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADOS. OITIVA DE TESTEMUNHA COMUM NO JUÍZO DEPRECADO SEM A PRESENÇA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO ACUSADO. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC. EIVA CARACTERIZADA.

1. A garantia ao contraditório, inerente ao devido processo legal implantado no Estado Democrático de Direito, deve ser respeitada durante toda a instrução criminal, já que se trata de uma forma de controle de legalidade da prova posta à disposição das partes, por meio da qual podem, inclusive, produzir elementos probatórios aptos a dar embasamento à tese sustentada em juízo, seja ela acusatória ou de defesa.

2. ***Embora seja relativa a nulidade por falta de intimação das partes acerca da expedição de carta precatória destinada à oitiva de testemunha residente fora da comarca do juízo processante, o não comparecimento ao ato do patrono constituído, somado à falta de nomeação de defensor ad hoc, importa no reconhecimento da sua eiva absoluta, porque configurada a ausência de defesa. Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.***

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular o processo a partir da expedição da carta precatória para a oitiva da testemunha José dos Santos Parnaguara, devendo o ato ser renovado com a observância ao disposto no artigo 222 do Código de Processo Penal.

(HC 364.361/PR, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

No mesmo diapasão:

HABEAS CORPUS. ECA. REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO AO PACIENTE, COMO FORMA DE EXCLUSÃO DOS PROCEDIMENTOS, CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS POR PRECATÓRIA. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA EM JUÍZO QUANDO DA HOMOLOGAÇÃO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL A QUO PARA REVISAR DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO DEPRECANTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ao Juízo deprecado compete somente supervisionar e acompanhar o cumprimento das medidas impostas na decisão proferida pelo Juízo deprecante. O inconformismo contra a decisão que determinou a imposição da medida socioeducativa, proferida pelo Juízo da Vara da

> *Infância e Juventude de Padre Bernardo/GO, deve ser submetido ao órgão competente para revisar os atos, que, no caso, é o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.*
> *2. Inexistindo pronunciamento do Tribunal local sobre o lema, inviável se torna o conhecimento do pleito formulado pelo paciente, sob pena de indevida supressão de instância.*
> *3.* ***Manifesta a violação ao princípio da ampla defesa, tendo em vista a imposição de medidas socioeducativas ao paciente sem a presença, em nenhum dos atos processais, de defesa técnica.*** *Ofensa a dispositivos legais do Estatuto da Criança e do Adolescente.*
> *4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a audiência de representação do adolescente L de S S e de todos os atos posteriores (Processo n. 201503479840 - Comarca de Padre Bernardo/GO).*
> *(HC 395.173/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)*

Ademais, a comprovar os efetivos prejuízos suportados pelo paciente, cumpre registrar que os depoimentos colhidos sem a presença da defesa técnica foram determinantes para a prolação da sentença condenatória.

Com efeito, consta da denúncia que o acusado, na qualidade de Prefeito Municipal de Campina da Lagoa, induziu os munícipes Miguel Augusto Fiori e sua esposa Aparecida Conceição Nogueira a abrirem duas empresas, que embora formalmente registradas em nome de tais indivíduos, pertenciam de fato ao réu, que as contratava sem licitação, violando o disposto no artigo 89 da Lei 8.666/1993 (e-STJ fl. 124).

E, para comprovar tais fatos, tanto o magistrado singular (e-STJ fls. 126/134) quanto a autoridade impetrada (e-STJ fls. 346/354) valeram-se, essencialmente, dos depoimentos prestados por Miguel e Aparecida perante o Juízo deprecado, dos quais, como visto, não participou a defesa técnica, seja constituída ou designada apenas para o ato

Por conseguinte, estando o édito repressivo apoiado em provas colhidas sem a observância do princípio do contraditório, impõe-se a anulação da ação penal desde a audiência em que ouvidas as aludidas testemunhas.

Finalmente, com o reconhecimento da nulidade em questão, tem-se que a punibilidade do paciente encontra-se extinta pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

Isso porque, a pena máxima do tipo do artigo 89 da Lei 8.666/1993 é de 5 (cinco) anos de detenção, razão pela qual o prazo prescricional é de 12 (doze) anos, nos termos do artigo 109, inciso III, do Código Penal.

Entre o recebimento da denúncia, que ocorreu aos **30.6.2006** (e-STJ fl. 121) e a presente data já transcorreram mais de 12 (doze) anos, ensejando, assim, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **não se conhece** do presente *habeas corpus*, **concedendo-se**, contudo, a ordem de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para anular o processo a partir da audiência no juízo deprecado em que ouvidas as testemunhas sem a presença da defesa técnica, extinguindo-se a punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

Publique-se.
Cientifique-se o Ministério Público Federal.
Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 18 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator