

HABEAS CORPUS Nº 538.717 - SC (2019/0304603-8)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(**DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE**)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
VANESSA MORITZ LUZ - MT023305B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LEANDRO ALEX DIAS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de **LEANDRO ALEX DIAS**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que o paciente teve falta grave homologada após recurso de agravo em execução do d. Ministério Público, o qual foi **provido** nos termos da ementa abaixo (fls. 86-94):

"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. REEDUCANDO QUE AMEAÇA SERVIDOR (ART. 50, VI, DA LEI N. 7.210/84). INFRAÇÃO RECONHECIDA EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL FORMULADO EM CONTRARRAZÕES. NÃO ACOLHIMENTO. ATO ACOMPANHADO DE ADVOGADO DATIVO. AMPLA DEFESA GARANTIDA. APRESENTAÇÃO DE PEÇA ESCRITA POSTERIORMENTE. DECISÃO DO PAD NÃO HOMOLOGADA POR HAVER DÚVIDA ACERCA DA PRÁTICA DE CONDOTA DESRESPEITOSA. INCURSÃO NO MÉRITO DO INCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE JUDICIAL RESTRITA À LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

'A competência para apuração e reconhecimento de falta grave no âmbito da execução penal é do diretor da unidade prisional, cabendo ao magistrado somente o controle de legalidade do indispensável procedimento administrativo disciplinar e a imposição das sanções que contam com cláusula de reserva de jurisdição, sendo vedada incursão judicial no mérito administrativo' (Agravo de Execução Penal n. 0001551-82.2018.8.24.0020, de Criciúma, rei. Des. Sérgio Rizelo, j. em 24/4/2018). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO".

Dáí o presente **habeas corpus**, no qual a d. Defesa sustenta, em síntese, nulidade, tendo em vista o **princípio do defensor público natural** (art. 4º- A, IV, da Lei Complementar n. 80/94: "*Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos:... IV – o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural*"), pela nomeação de patrono **ad hoc**.

Afirma que o d. Defensor, embora informado da audiência, "*tendo em vista que o ato estava aprazado para o dia seguinte e que já havia outro compromisso agendado, a Defensora Pública não pode comparecer ao ato [...]*" (fl. 20v)" (fl. 7).

Aduz que "*o Magistrado a quo deveria ter adiado a solenidade e determinado a intimação da Defensoria Pública para realizar a defesa do PACIENTE*" (fl. 7).

Requer, inclusive LIMINARMENTE, a concessão da ordem para "*suspender o processo, até julgamento definitivo do writ; [...] Ao final, concedida ou não a liminar, seja DECLARADA a nulidade do acórdão impugnado para que sejam anulados os atos processuais desde a audiência realizada no dia 28/5/2019, determinando-se a realização de nova audiência, devendo a Defensoria Pública Estadual ser intimada pessoalmente para realizar a defesa do PACIENTE. Subsidiariamente, [...] seja a ordem concedida de ofício [...]*" (fl. 14).

Pedido liminar **indeferido**, às fls. 97-99.

Informações, às fls. 103-162.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 167-170, oficiou pelo **não conhecimento do habeas corpus**, nos termos do r. parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. NULIDADE. DEFENSOR NATURAL.

- A nomeação ad hoc para atuar em audiência de

justificação na qual a Defensoria Pública, intimada, não comparece por compromissos anteriores, não caracteriza ofensa ao defensor público natural.

Pelo não conhecimento."

É o relatório. **Decido.**

A **Terceira Seção desta Corte**, seguindo entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** substitutivo de recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. No caso, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Para delimitar a **questio**, transcrevo trechos do v. acórdão vergastado (fls. 86-94):

"Infere-se dos autos que no dia 16 de fevereiro do corrente ano, o reeducando L. A. D. teria ameaçado o agente de ressocialização prisional Marcelo Sandro de Senne, com as seguintes palavras: "[...] na nossa portaria não vai ficar assim, lá fora vamos acertar as contas, verme arrombado [...]" (fl. 15).

Instaurado o competente Processo Administrativo Disciplinar - PAD, concluiu-se pelo preenchimento dos requisitos para caracterização da falta grave prevista no art. 50, VI, c/c o art. 39, II, ambos da Lei n. 7.210/84 (fls. 15-20). Ato contínuo, o juízo da execução penal deixou de homologar o procedimento administrativo, tendo em vista haver dúvida quanto à prática da infração (fls. 22-23).

A insurgência recursal visa à reforma da decisão, a fim de ser reconhecida a prática da falta grave por parte do apenado, porquanto devidamente comprovada.

Superior Tribunal de Justiça

Inicialmente, convém registrar que, ao contrário do que pretendeu a defesa nas contrarrazões recursais, não há qualquer nulidade a ser declarada em relação à audiência de justificação realizada em 25 de maio de 2019.

Alega a defesa, em síntese, que foi informada acerca do ato somente um dia antes, o que impediu o comparecimento da defensora pública que atuava no feito.

Todavia, analisando os autos, verifica-se que, em que pese a ausência da defensora pública ao ato solene, a fim de assegurar o direito à ampla defesa do apenado, foi nomeado o defensor dativo Dr. Júlio César Garcia que, após a oitiva do reeducando, pugnou pela apresentação de manifestação escrita em oportunidade posterior, o que foi deferido (fl. 20v.)

E, conquanto não tenha sido acostada ao feito, pois os presentes autos são físicos, em acesso aos autos n. 0002049-42.2009.8.24.0038 (SAJ5/PG), verifica-se que, tempestivamente, o defensor apresentou defesa escrita pugnando pelo não reconhecimento de falta grave (fl. 1).

Afasta-se, portanto, a preliminar alegada pela defesa.

No mais, são cabíveis alguns esclarecimentos acerca do Procedimento Administrativo Disciplinar.

O art. 48, parágrafo único, da Lei de Execução Penal estabelece que, em relação às faltas disciplinares eventualmente praticadas na execução da pena, cabe ao magistrado realizar o controle de legalidade do procedimento administrativo, e aplicar as respectivas sanções cabíveis.

O entendimento desta Corte de Justiça, corroborando o posicionamento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que não cabe ao Judiciário discutir o mérito a respeito da prática de falta grave, 'uma vez que tal decisão incumbe à autoridade do estabelecimento prisional, como típico mérito administrativo [...] (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0038776-35.2015.8.24.0023, da Capital, rei. Des. Newton Varela Júnior, j. em 3/2/2016).

[...]

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já assentou no verbete sumular 533 que: 'Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado'.

E, consoante já reportado, ao magistrado não compete a análise do mérito do procedimento administrativo, mas tão somente efetivar o controle de legalidade, de maneira a verificar o respeito ao devido processo legal.

Assim, em virtude do exame restrito à legalidade do PAD instaurado pelo diretor da unidade prisional, vê-se que os direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório foram plenamente assegurados ao apenado - uma vez que ele fora ouvido perante o Conselho

Disciplinar, na presença de Defensora Pública Estadual (fl. 16v.), apresentou defesa técnica escrita subscrita por advogado dativo (fl. 1 - SAJ5/PG), tendo o Conselho Disciplinar concluído pela procedência do incidente (fls. 17-19v.), posição esta acolhida pelo Diretor da Unidade Prisional (fl. 20) -, de modo que a decisão deve ser reformada.

Diante disso, tendo o reeducando faltado com o dever de respeito a agentes penitenciários, culminando na procedência do processo administrativo disciplinar, outra solução não há senão homologá-lo, haja vista que observada a legalidade do procedimento.

Assim, comprovada a falta grave, regride-se o regime prisional semiaberto, em que se encontra o reeducando cumprindo pena, para o fechado (art. 118, I, da Lei de Execução Penal), devendo, ainda, ser interrompida a data-base para contagem de novos benefícios, a partir do dia da última infração, ou seja, 16/2/2019.

Por sua vez, dispõe o art. 127 da Lei n. 7.210/84 que, 'em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar'.

O referido art. 57 preceitua que, 'na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão'.

Dessa forma, diante do tempo transcorrido e da ausência de reiteração nesse período, impõe-se a perda de 1/6 (um sexto) dos dias remidos.

À vista do exposto, vota-se pelo provimento do recurso, para reconhecer a falta grave, regredir o réu para o regime fechado, declarar a perda de 1/6 (um sexto) dos dias remidos e alterar a data-base para o cálculo de futuros benefícios." (grifei)

Pois bem.

Verdade que se trata de prerrogativa da d. Defensoria Pública a sua intimação pessoal para os atos do processo, nos termos do **art. 128, I, da Lei Complementar nº 80/94**, vejamos:

"Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos".

No caso concreto, o v. acórdão consignou que, apesar de não ter estado presente a d. Defensoria na audiência de justificação, ainda que

devidamente intimada, foi nomeado defensor dativo, o qual apresentou defesa escrita tempestiva, pugnando pelo não reconhecimento da falta grave (o que foi acatado pelo d. Juízo da Execução, embora refutado pelo eg. Tribunal).

Ora, como mencionado no v. acórdão, a d. Defensoria *"foi informada acerca do ato somente um dia antes"*, em outras palavras, **foi intimada da audiência com antecedência, ainda que breve**.

Cabe salientar que, pela inteligência dos arts. 263 e 265 do Código de Processo Penal, a nomeação de defensor **ad hoc** para atuar em audiência na qual a d. Defesa, devidamente intimada, não comparece, não ofende o **princípio do defensor público natural**.

Nesse sentido:

"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.

[...]

4. Agravo improvido." (AgRg no AREsp 1.072.292/BA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 26/09/2018, grifei)

Aqui, cita-se trecho do r. parecer do d. Ministério Público Federal, da lavra da **Dra. ELA WIECKO V. DE CASTILHO**, Subprocuradora-Geral da **República** (fl. 170):

"Ademais, depreende-se que não houve prejuízo à ampla defesa e contraditório com a atuação do advogado dativo, circunstância que corrobora para o não reconhecimento da nulidade suscitada. Inexistiu remoção arbitrária do defensor público e substituição de patrocínio, tendo o juízo sido diligente quanto à intimação da Defensoria antes de nomear defesa dativa para a realização da audiência".

Assim, de qualquer forma, não desassistido o paciente, nem mesmo comprovado, de forma efetiva, qual teria sido o prejuízo advindo da celeuma aqui posta, não se confirma a nulidade aventada: "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" (AgRg no AREsp 1.072.292/BA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 26/09/2018).

No mesmo sentido, a **Súmula n. 523/STF** preleciona que, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu". Além disso, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que "a alegação de deficiência da defesa deve vir acompanhada de prova de inércia ou desídia do defensor, causadora de prejuízo concreto à regular defesa do réu" (RHC 39.788/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 25/2/2015).

Vale dizer, **não comprovado prejuízo, não se declara nulidade, ainda que fosse absoluta**, consoante remansosa jurisprudência deste eg. Superior

Tribunal de Justiça, que trago à colação:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ROUBO MAJORADO. CONTINUIDADE DELITIVA. TRIBUNAL DO JÚRI. PLENÁRIO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. MOMENTO DE ALEGAÇÃO DO PREJUÍZO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PRECEDENTES. SÚMULA N. 568/STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que, "[...] a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullite sans grief, disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, consagrado no enunciado n. 523 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal." (HC n. 404.153/SP, Quinta Turma, de minha lavra, DJe de 19/12/2017).

[...]

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1191112/AL, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJe 21/05/2018, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. JÚRI. NULIDADE. PRONÚNCIA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU. NÃO OBRIGATORIEDADE. MUDANÇA DE ENDEREÇO. DEVER DE INFORMAR AO JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE. [...]

4. Da literalidade do artigo 563 do Código de Processo Penal extrai-se que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. [...]

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1687421/TO, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 09/05/2018, grifei)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JÚRI. HOMICÍDIO. NULIDADE. QUESITAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO REGISTRADA EM ATA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...]

3. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama 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). [...]

5. Agravo regimental não provido." (AgInt no AREsp 442.923/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 11/05/2018, grifei)

"PROCESSUAL PENAL. JÚRI. INTERROGATÓRIO DA RÉ. CONDUTA DO JUIZ. FIRMEZA. QUEBRA DA IMPARCIALIDADE. AUSÊNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. [...]

3 - Em matéria de nulidade, no processo penal, como cediço, há de ser demonstrado prejuízo, ausente na espécie.

4 - *Ordem denegada.*" (HC 410.161/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 27/04/2018, grifei)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JURI. CLASSIFICAÇÃO DE DEPOENTE COMO INFORMANTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. [...]

3. A pretensão de nulidade exige o reconhecimento de prejuízos concretos, inexistentes na mera classificação do depoente como testemunha ou informante.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 378.353/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 26/02/2018, grifei)

Nessa linha, precedentes do col. Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS' – JÚRI – FASE DO 'JUDICIUM ACCUSATIONIS' – RESPOSTA À ACUSAÇÃO – FORMULAÇÃO DE PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – EXAME REALIZADO APÓS A INSTRUÇÃO CRIMINAL – ALEGADA NULIDADE – INEXISTÊNCIA – ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DEDUZIDOS PELO ACUSADO NO SENTIDO DE SUA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA REALIZADA DE MODO FUNDAMENTADO E EM MOMENTO PROCEDIMENTALMENTE OPORTUNO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER PREJUÍZO PARA O RECORRENTE – 'PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF' – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO." (HC 133864 AgR, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Celso de Mello**, PUBLIC 19-04-2018, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM RECONHECIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NULIDADE. [...] 2. Na dicção do art. 566 do CPP, 'Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa'. [...] 3. No processo penal, especificamente em matéria de nulidades, vigora o princípio maior de que, sem prejuízo, não se reconhece nulidade (art. 563 do CPP). [...] 5. Agravo regimental conhecido e não provido." (HC 135129 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, PUBLIC 22-02-2018, grifei)

Desta forma, o v. acórdão combatido está em consonância com a legislação de regência e o entendimento desta eg. Corte, não se vislumbrando flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus.**

P. I.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator