

29/05/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 110.820 ESPÍRITO SANTO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: JAIME HENRIQUE LIMA DA SILVA
IMPTE.(S)	: GUILHERME SURLO SIQUEIRA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

Habeas corpus. Processual penal. Nulidade decorrente de invocada ausência de defensor à audiência de instrução. Não ocorrência. Defensor constituído regularmente intimado e que ausentou-se voluntariamente das dependências do foro, não obstante informado sobre a realização do ato naquela data, ainda que em horário mais adiantado, devido a atraso nas audiências antecedentes. Nulidade inexistente, sendo, ademais, provocada pela própria defesa, que não pode arguí-la em seu favor (CPP, art. 565). Réu, ademais, assistido no ato por defensor público regularmente nomeado. Prejuízo à defesa não demonstrado pelos impetrantes. Incidência da Súmula nº 523 do STF. Precedentes da Corte. Ordem denegada.

1. Tendo o advogado do réu, devidamente intimado e presente, desistido voluntariamente de aguardar a realização de audiência de inquirição das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, mesmo advertido pela magistrada de que o ato se realizaria naquela data, por se tratar de réu preso, não há que se falar em nulidade do ato realizado na presença de Defensor Público.

2. Não podem os impetrantes, devido a incidente criado pela própria defesa, mesmo advertida de que a audiência, por envolver réu preso, seria realizada na data agendada, ainda que em horário mais adiantado, invocar a própria torpeza para a sua anulação (CPC, art. 565).

3. A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que, *“se o suposto vício na defesa do acusado não é daqueles que podem equivaler à própria ausência defensiva, então incumbe ao acionante demonstrar o prejuízo sofrido em função do criticado atuar defensivo. Dever que, não atendido, gera o*

HC 110.820 / ES

indeferimento do habeas corpus” (HC nº 87.879/RN, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJ de 23/3/07).

4. A nulidade por deficiência na defesa do réu, ademais, só deverá ser declarada se comprovado o efetivo prejuízo. Esse entendimento está, ainda, preconizado na Súmula nº 523/STF, que assim dispõe: “*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*”.

5. **Habeas corpus** denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 29 de maio de 2012.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

29/05/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 110.820 ESPÍRITO SANTO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: JAIME HENRIQUE LIMA DA SILVA
IMPTE.(S)	: GUILHERME SURLO SIQUEIRA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Guilherme Surlo Siqueira e Marcos Giovani Correa Felix em favor de Jaime Henrique Lima da Silva, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 212.868/ES impetrado àquela Corte, Relator o Ministro **Gilson Dipp**.

Sustentam os impetrantes, em síntese, a nulidade da audiência de instrução e julgamento, por falta de nomeação de defensor para acompanhar o paciente, o que violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Requerem, liminarmente, a concessão da ordem para que seja anulada *“a audiência de instrução e julgamento realizada no dia 13/04/2011, por ausência de defesa técnica para o paciente”*. No mérito, pedem a confirmação (fl. 10 da inicial).

Em 24/10/11, ausentes os pressupostos legais, indeferi a medida liminar e, estando a impetração devidamente instruída com as peças necessárias à perfeita compreensão da controvérsia, dispensei as informações da autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, opinou pela denegação da ordem (anexo de instrução nº 9).

É o relatório.

29/05/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 110.820 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, o presente **habeas corpus** volta-se contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 212.868/ES impetrado àquela Corte, Relator o Ministro **Gilson Dipp**. Tem como objetivo a anulação da ação penal movida contra o paciente.

Narram os impetrantes, na inicial, que:

“(…)

No dia 15/10/2010, o ‘Parquet’ ofereceu denúncia em desfavor do paciente pela suposta prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, incisos II, III e IV, na forma dos arts. 29 e 13, § 2º, alínea “a”, todos do CP.

Em r. decisão datada de 20/10/2010, a Magistrada de primeira instância recebeu a denúncia e mandou citar o paciente.

Após a apresentação da resposta escrita, a Magistrada, em r. decisão datada de 02/02/2011, designou AIJ para o dia 13/04/2011.

Para a mesma data, além da AIJ referente ao processo do paciente, a Magistrada designou mais três audiências de instrução e julgamento.

Na data aprazada, o defensor do paciente permaneceu na sala de audiências até às 19:03 h (dezenove horas e três minutos), horário em que chegou ao fim a segunda AIJ designada para aquele dia.

Pelo adiantar da hora, bem como pelo fato de que ainda teria que se realizar uma AIJ antes da audiência do paciente, o defensor do mesmo informou à Magistrada que não iria aguardar a audiência referente ao processo do paciente, tendo em vista que aquele Juízo designou quatro audiências de

HC 110.820 / ES

instrução e julgamento para o mesmo dia.

Mesmo diante da informação do defensor do paciente de que não iria aguardar a AIJ, a Magistrada realizou o ato, oportunidade em que foram inquiridas duas testemunhas arroladas pelo 'Parquet'.

Apesar da realização da AIJ sem a presença do patrono do paciente, **a Magistrada sequer consultou o denunciado sobre a possibilidade de nomeação de defensor para acompanhar o paciente naquele ato processual** e, assim, ao menos lhe garantir a mais ampla defesa, FICANDO O PACIENTE SEM DEFENSOR NO ATO PROCESSUAL.

No dia 03/05/2011, a Magistrada designou AIJ em continuação para o dia 20/07/2011, nada dizendo a respeito da ilegalidade de realizar uma AIJ sem ter nomeado um defensor para o paciente.

Ante tal situação, foi impetrado ordem de 'habeas corpus' perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, pleiteando-se a nulidade do referido ato, uma vez que fora realizado sem a nomeação de defensor dativo para o paciente.

Em sessão de julgamento realizada no dia 29/06/2011, o Egrégio Tribunal de Justiça, de maneira equivocada, denegou o 'writ' lá impetrado.

Inconformado com o 'decisum', a defesa impetrou novo 'writ' perante a Autoridade Coatora, tendo a mesma, em sessão de julgamento realizado no dia 06/10/2011, também de maneira equivocada, denegado a ordem" (fls. 2 a 4 da inicial – grifos no original).

Transcrevo o teor do julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE DEFENSOR CONSTITUÍDO QUE DESISTE DE AGUARDAR A REALIZAÇÃO DO ATO. PRESENÇA DE

HC 110.820 / ES

DEFENSOR PÚBLICO. REGULARIDADE. ORDEM DENEGADA.

I - Se o advogado do réu, devidamente intimado e presente, desiste de aguardar a realização de audiência de inquirição das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, ainda que advertido pela magistrada de que o ato se realizaria naquela data, por se tratar de réu preso, não há que se falar em nulidade do ato realizado na presença de Defensor Público. Precedentes.

II – Ordem denegada.”

Essa é a razão pela qual se insurgem os impetrantes neste **writ**.

Pelo que se tem na decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra nenhuma ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique a concessão da ordem. Com efeito, o acórdão proferido por aquela Corte de Justiça encontra-se suficientemente motivado, restando, assim, justificado o convencimento formado.

Ao contrário do que afirmam os impetrantes, a audiência de instrução e julgamento, para a qual a defesa foi regularmente intimada e da qual, **sponte sua**, resolveu retirar-se antes de iniciado o ato, realizou-se validamente, tendo o paciente sido regularmente assistido por defensor público nomeado para o ato (fl. 16 do anexo de instrução nº 1), o qual subscreveu a ata e atuou nas inquirições, sendo totalmente irrelevante eventual omissão na ata quanto a sua nomeação **ad hoc** pela Magistrada presidente, circunstância, aliás, implícita diante da atuação daquele profissional e da subscrição do respectivo termo.

Não podem, agora, devido a incidente criado pela própria defesa, mesmo advertidos de que o ato, por envolver réu preso, seria realizado na data agendada, ainda que em horário mais adiantado, invocar a própria torpeza para a sua anulação (CPC, art. 565).

Observo, ainda, que a despeito de o art. 7º, inciso XX, da Lei nº 8.906/94 (EOAB) garantir ao advogado o direito de *“retirar-se do recinto onde se encontre aguardando pregão para ato judicial, após trinta minutos do*

HC 110.820 / ES

horário designado e ao qual ainda não tenha comparecido a autoridade que deva presidir a ele, mediante comunicação protocolizada em juízo”, está esse direito condicionado à ausência da autoridade judiciária ao ato que deve presidir, o que não se deu na hipótese em comento, tendo o atraso decorrido de demora não prevista nas audiências antecedentes.

De outra parte, a jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que,

“se o suposto vício na defesa do acusado não é daqueles que podem equivaler à própria ausência defensiva, então incumbe ao acionante demonstrar o prejuízo sofrido em função do criticado atuar defensivo. Dever que, não atendido, gera o indeferimento do **habeas corpus**” (HC nº 87.879/RN, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJ de 23/3/07).

Esse entendimento está, também, preconizado na Súmula nº 523/STF, que assim dispõe: *“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”*.

A esse respeito cito o seguinte precedente desta Turma:

“**Habeas corpus**. Processual penal. Improcedência da alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo. Prejuízo não demonstrado pelos impetrantes. Incidência da Súmula nº 523 do STF. Precedentes da Corte. 1. A alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo não encontra respaldo nos autos, uma vez que os impetrantes não lograram demonstrar eventual prejuízo causado ao paciente de modo a justificar a concessão da ordem. 2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a nulidade por deficiência na defesa do réu só deverá ser declarada se comprovado o efetivo prejuízo. Esse entendimento está ainda, preconizado na Súmula nº 523/STF, que assim dispõe: ‘No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver

HC 110.820 / ES

prova de prejuízo para o réu'. 3. **Habeas corpus** denegado" (HC nº 97.413/SP, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 18/12/09).

Nesse mesmo sentido foi o entendimento do Ministério Público Federal, no bem lançado parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mário José Gisi**, **in verbis**:

"Da garantia constitucional à ampla defesa extraem-se os direitos à autodefesa e à defesa técnica: se pelo primeiro é permitido ao acusado defender-se das acusações que lhe são feitas, por todos os meios de prova admitidos legalmente, pelo segundo há de lhe ser assegurado o acompanhamento de profissional juridicamente habilitado e detentor de capacidade postulatória. Sua inobservância poderá ensejar a declaração de nulidade do ato, nos termos da súmula 523 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".

No caso em tela, o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Vila Velha/ES designou Audiência de Instrução e Julgamento para o dia 13/04/11 às 16h. Todavia, o patrono do paciente, ora impetrante, insatisfeito com o atraso para realização da audiência, resolveu por bem deixar o local designado às 19h03.

Não se deve deixar de notar que o impetrante foi advertido pela magistrada de que o ato se realizaria ainda naquela data, pois os autos versavam sobre réu preso.

Ao contrário do quanto alegado pelo impetrante, consta na ata da referida audiência, bem como nas declarações prestadas por duas testemunhas de acusação que, na ausência do defensor constituído pelo paciente, foi-lhe nomeado o defensor público Dr. Marcos Antônio de Oliveira Farizel, cuja assinatura consta nas peças acima arroladas.

Como se vê, o ato judicial não está eivado de nulidade por ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, posto que, na ausência do advogado constituído, houve a nomeação

HC 110.820 / ES

de defensor público para atuar em defesa do paciente durante a Audiência de Instrução e Julgamento.

No tocante ao tema de nulidades, o Código de Processo Penal acolheu o princípio ‘pas de nullité sans grief’, da onde se extrai que o ato não deve ser declarado nulo, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, que assim prescreve:

‘Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.’

Conforme demonstrado, a defesa técnica, realizada pelo defensor dativo, por si só, não gera a nulidade almejada pelo impetrante, diante da ausência de demonstração de prejuízo à defesa, que limitou-se somente a sustentar a tese de nulidade absoluta da audiência.

(...)

Além disso, o defensor constituído pelo paciente desistiu de aguardar a realização da audiência, mesmo após a informação de que o ato seria realizado naquele dia. O quadro processual apresentado, portanto, leva à incidência da regra do art. 565 do CPP, segundo a qual ‘nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido’.

Não podemos olvidar que a nulidade processual não é um fim em si mesmo, daí a impropriedade de ser declarada com relação a ato que não tiver influenciado na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (art. 566, do Código de Processo Penal).” (fls. 2/4 do anexo de instrução nº 9).

Ante o exposto, pelo meu voto, denego a ordem.

29/05/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 110.820 ESPÍRITO SANTO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ele deu causa, né?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E foi designado um defensor dativo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE E RELATOR):

Foi designado um defensor dativo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Já julgamos um caso não de ele ter ido embora, mas ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE E RELATOR):

Foi advertido pela Magistrada de que a audiência ia ocorrer naquele mesmo dia e ele se ausentou do local.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O réu não ficou indefeso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE E RELATOR):

Não ficou indefeso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Houve a designação de defensor.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE E

HC 110.820 / ES

RELATOR):

Eu consigno tudo isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Está bem, nós o acompanhamos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Isso é uma estratégia que, às vezes, é absolutamente suicida.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 110.820

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : JAIME HENRIQUE LIMA DA SILVA

IMPTE.(S) : GUILHERME SURLO SIQUEIRA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 29.5.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma