

18/06/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 112.225 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S)	: FERNANDO MACHADO DE SANTANA
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ENTREVISTA PESSOAL ENTRE DEFENSOR E ACUSADO ANTES DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE EM RAZÃO DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ALEGAÇÃO INSUBSISTENTE.

1. O direito de entrevista reservada do defensor com o acusado em momento que antecede ao interrogatório (artigo 185, § 2º. do Código de Processo Penal) tem como escopo facultar à defesa a possibilidade de orientar o réu a respeito das consequências das declarações que vier a proferir. A previsão legal, por conseguinte, não está direcionada à fase da realização da audiência de instrução e julgamento. Precedente: HC nº 99.684, relatora ministra Ellen Gracie, publicado no DJ de 24 de novembro de 2009.

2. *In casu*, apesar de silente a legislação processual penal a respeito do direito de entrevista entre defensor e acusado antes da audiência designada para a oitiva de testemunha, há registro na ata da referida sessão do fato de o defensor ter conversado com o réu antes da realização do ato.

3. O sistema de nulidade previsto no Código de Processo Penal, em que vigora o princípio *pas de nullité san grief*, dispõe que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando houver efetivo prejuízo à defesa, devidamente demonstrado, o que não se dá na espécie.

4. Ordem de *habeas corpus* extinta, por inadequação da via processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

HC 112225 / DF

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar extinta a ordem de *habeas corpus* por inadequação da via processual, nos termos do voto reajustado do Relator, e, por maioria de votos, em rejeitar a proposta formulada pelo Senhor Ministro Marco Aurélio no sentido da concessão da ordem, de ofício.

Brasília, 18 de junho de 2013.

LUIZ FUX – Relator

Documento assinado digitalmente

26/06/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 112.225 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S)	: FERNANDO MACHADO DE SANTANA
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 24.617/SP, assim ementado:

DIREITO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ENTREVISTA RESERVADA ENTRE DEFENSOR PÚBLICO E RÉU. OFENSA AO DIREITO DE ENTREVISTA PESSOAL E RESERVADA COM O DEFENSOR. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Inexiste nulidade por ausência de entrevista reservada entre o paciente e seu defensor, por ocasião da audiência de oitiva de testemunha de acusação, quando não houve, por parte do Juiz da causa, esta restrição.

2. Em tema de nulidade o nosso sistema processual penal adota o princípio ‘pas de nullité san grief’, no qual somente se declara a nulidade de um ato processual quando houver a efetiva demonstração de prejuízo à parte.

3. Recurso ordinário em habeas corpus improvido.”

Consoante documentação que instrui este processo, o paciente foi denunciado em virtude da suposta prática do crime previsto no artigo

HC 112.225 / DF

157, *caput*, § 2º, incisos I e II, por duas vezes, na forma do artigo 70, todos do Código Penal, pois, agindo em concurso de agentes e mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, teria subtraído para si e para outrem 02 (duas) folhas de cheque preenchidas no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), 49 (quarenta e nove) cartões telefônicos e o montante de R\$ 1.412,00 (mil quatrocentos e doze reais) em espécie, bens pertencentes à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, assim como R\$ 30,00 (trinta reais) pertencentes à Jane Paula dos Santos.

Neste processo, a Defensoria Pública da União, reprisando a tese relacionada à nulidade do processo-crime, em razão do indeferimento pelo Juiz Federal Criminal de entrevista reservada entre o paciente e o defensor público, por ocasião da audiência de oitiva de testemunha comum.

Pede o deferimento de liminar, concedendo ao paciente o benefício da liberdade provisória e, no mérito, seja reconhecida a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, declarando-se a nulidade do processo-crime a partir da audiência de instrução realizada em 24 de agosto de 2007, inclusive, bem assim dos processuais subsequentes.

O pedido de liminar foi indeferido e, colhidas as informações do Juízo da 1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, o processo foi remetido à Procuradoria Geral da República, que se manifestou no sentido do indeferimento da ordem.

É o relatório.

26/06/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 112.225 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Anoto que a prova documental vinda com a inicial deste *habeas* faz evidenciar realidade processual diversa daquela sustentada pela impetrante, consoante apontamento do Juiz da causa na ata da sessão em que colhidos os depoimentos, *verbis*:

“(…) 1. Em primeiro lugar, ressalto que o defensor chegou a conversar com o réu antes do ato. Em relação à conversa reservada, a Defensoria Pública da União, como qualquer outro defensor, tem condições de acesso ao estabelecimento prisional onde o réu se encontra, cabendo àquela dirigir-se ao local para discutir eventuais estratégias de defesa que entender convenientes. Nesse passo, cabe registrar que o princípio da ampla defesa não pode ser içado à condição de causa para concessão de benefícios diferenciados ao órgão público, que já conta, inclusive, com prazos em dobro e, no caso em questão, foi intimado de todos os atos, participou do interrogatório e apresentou defesa prévia, como ressaltado pelo representante do Ministério Público Federal. No que atine à [alegada] falta de estrutura, é inadmissível que um órgão público que pretenda atuar numa área com a importância que ostenta a Justiça Criminal, uma vez que lida com a liberdade de locomoção das pessoas, alegue argumento tão frágil em defesa de seus assistidos. Finalmente, no que tange à contradita, trata-se de iniciativa que compete a parte, e, se esta não foi feita na presente audiência, foi porque a parte manteve-se inerte nesse sentido, cabendo frisar, ainda, que a testemunha em questão era também da defesa, sendo estranho que fosse por essa contraditada, o que, de qualquer forma, não impediria que o

HC 112.225 / DF

depoimento fosse colhido, a teor do disposto no artigo 214 do Código de Processo Penal”.

O Código de Processo Penal, no artigo 185, § 2º, na redação conferida pela Lei nº 10.792/2003, assegura ao acusado o direito de entrevista reservada com seu defensor, antes da realização do interrogatório, e não há neste dispositivo, nem nas disposições que disciplinam a instrução criminal, referência ao suposto direito, a ser assegurado pelo Juiz, sob pena de nulidade, de o defensor se avistar com o acusado em momento antecedente à sessão designada para a oitiva de testemunhas.

Sobre o tema, também dispõe a Lei Complementar nº 80/94, artigo 44, inciso VII, *verbis*:

“Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:

(...)

VII – comunicar-se, pessoal e reservadamente, com seus assistidos, ainda quando esses se acharem presos ou detidos, mesmo incomunicáveis, tendo livre ingresso em estabelecimentos policiais, prisionais e de internação coletiva, independentemente de prévio agendamento”.

Por conseguinte, o que a lei assegura ao acusado é o direito a ser entrevistado reservadamente com seu defensor antes de ser interrogado, bem como a comunicação direta do Defensor Público da União, quando for oportuno, com o réu assistido, o que foi devidamente observado pelo Juízo de Primeira Instância, consoante se lê da transcrição acima, donde se conclui pela insubsistência da alegação de nulidade do processo.

Destaco, outrossim, que a matéria não é nova nesta Corte. A Segunda Turma, na sessão do dia 24 de novembro de 2009, sendo relatora a Ministra Ellen Gracie, assim decidiu no julgamento do Habeas Corpus nº 99.684, *verbis*:

HC 112.225 / DF

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ENTREVISTA RESERVADA. DIREITO LIGADO AO ATO DE INTERROGATÓRIO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito tratada neste habeas corpus diz respeito ao suposto cerceamento na defesa do paciente por ter sido negado pedido de entrevista reservada com seu defensor antes da audiência de instrução e julgamento.

2. O direito de entrevista prévia e reservada entre o réu e seu defensor está ligado ao interrogatório do acusado e não à audiência de instrução e julgamento. A garantia possibilita ao réu que não possua advogado constituído conversar antecipadamente com o defensor nomeado, para que possa ser orientado sobre as consequências de suas declarações, de modo a não prejudicar sua defesa.

3. Não há no termo de interrogatório qualquer referência quanto à negativa de pedido de entrevista reservada com o acusado antes daquele ato (...).

4. O fato de não ter sido oportunizada entrevista reservada entre o paciente e seu defensor antes da audiência de instrução e julgamento não é capaz de acarretar, por si só, a nulidade do processo, sem a demonstração de efetivo prejuízo para a defesa, de acordo com o princípio ‘pas de nullité sans grief’, adotado pelo artigo 563 do Código de Processo Penal.

5. Dessa forma, não restou demonstrado o efetivo prejuízo à defesa do paciente causado em razão da negativa de entrevista reservada previamente à audiência de instrução e julgamento.

6; Habeas corpus denegado.”

Ex positis, indefiro o pedido de *habeas corpus*.

26/06/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 112.225 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S)	: FERNANDO MACHADO DE SANTANA
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NOTAS PARA O VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, também denego a ordem de **habeas corpus**.

A juíza fez o registro de que o defensor chegou a conversar com o réu antes do ato. Não tenho por evidenciado o prejuízo óbvio. Isso deveria ser demonstrado.

Acompanho o voto do Relator.

26/06/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 112.225 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, imagino a concentração quanto à audiência de instrução. O que articula a Defensoria Pública é que não houve a possibilidade de contato prévio do defensor com o acusado.

Concedo a ordem, ante a previsão no Código de Processo Penal do direito do acusado ao contato prévio, antes do interrogatório – artigo 185, § 5º. A formalidade é essencial à valia do ato.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 112.225

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

PACTE.(S) : FERNANDO MACHADO DE SANTANA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Luiz Fux, Relator, e da Senhora Ministra Rosa Weber, que denegavam a ordem de *habeas corpus*; e do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem, pediu vista do processo o Senhor Ministro Dias Toffoli, Presidente. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 26.6.2012.

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

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

18/06/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 112.225 DISTRITO FEDERAL

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Rememoro o caso para uma perfeita compreensão da controvérsia.

Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Fernando Machado de Santana, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido no RHC nº 24.617/SP, de relatoria do Ministro **Marco Aurélio Bellizze**.

Sustenta a impetrante, em síntese, como destacado pelo eminente relator, a ocorrência de nulidade processual decorrente do indeferimento pelo Juízo Federal Criminal de entrevista reservada entre o paciente e o defensor público, por ocasião da audiência de oitiva de testemunha comum.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, opinou pela denegação da ordem.

Em sessão inaugural, o eminente Ministro **Luiz Fux**, Relator, votou pela denegação da ordem, no que foi acompanhado pela Ministra **Rosa Weber**.

Diante de divergência manifesta pelo Ministro **Marco Aurélio**, que concedia a ordem, pedi vista dos autos para refletir sobre a questão.

É o breve relatório.

De início, diante do lapso temporal decorrido, penso que seja o caso, em consonância com a orientação adotada por esta Primeira Turma, de não conhecermos da presente impetração, pois foi ela manejada em substituição ao recurso extraordinário, o que esbarra no entendimento que assentou, quando do julgamento do HC nº 110.055/MG, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, a inadmissibilidade do **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso extraordinário.

HC 112225 / DF

No mérito, acompanharia o eminente Relator em sua proposição, pois, de fato, penso que não seja o caso de implementar a ordem, mesmo que de ofício, diante do óbice já referido.

Não há obrigatoriedade de assegurar-se à defesa, já anteriormente constituída, seja ela pública ou privada, a realização de entrevista prévia com o réu antes do início de audiência tendente à inquirição de testemunhas.

Diversa seria a situação se o ato em questão consistisse em interrogatório do paciente, ocasião em que poder-se-ia cogitar da eventual necessidade de prévia entrevista do réu com seu advogado de modo a subsidiá-lo com elementos técnicos para a produção da sua defesa. Essa é a disposição constante do § 5º do art. 185 do Código de Processo Penal, que, na redação dada pela Lei nº 11.900/09, assegura ao acusado entrevista prévia com seu defensor antes da realização do interrogatório.

Não é essa, contudo, a hipótese dos autos, na qual, inclusive, consignou a Juíza Federal que presidiu a audiência ter havido prévia conversa entre o réu e seu defensor no próprio recinto de audiências (fl. 35 do anexo de instrução 2).

Ademais, soa inverossímil que necessitasse o defensor de subsídios reservados do paciente para fins de contraditar uma testemunha comum (que, afinal, também fora por ele arrolada); ainda que esse fosse o caso, nada obstava, como de fato ocorreu, que esses esclarecimentos fossem oralmente prestados ao defensor público na própria sala de audiências, como, aliás, consta haver ocorrido.

Inexiste, portanto, mínima comprovação de prejuízo ao exercício da ampla defesa pelo paciente, o que afasta, portanto, o reconhecimento de nulidade e a necessidade de renovação da inquirição.

Nesse sentido dispõem os arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal:

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

[...]

HC 112225 / DF

Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.”

Na mesma linha, o enunciado da Súmula 523 desta Suprema Corte:

“Súmula 523: 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.”

Ensina, ainda, a jurisprudência:

“HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ALEGADA NULIDADE DO FEITO POR AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 523 DA SÚMULA DO STF. 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 87.879, Relator Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 18/12/2006, DJ 23-03-2007 PP-00107 EMENT VOL-02269-02 PP-00406).

Calcado nessas premissas, proponho seja declarado extinto o **writ**, por inadequação da via eleita.

É como voto.

18/06/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 112.225 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Quantas vezes eu não fui em delegacia de polícia, em presídio, conversar com o meu cliente, pois haveria uma audiência no dia seguinte, dois dias depois, uma semana depois. Nunca cheguei para um juiz, presidindo uma sessão de instrução, uma audiência de instrução, e disse: “Não. Pare agora todo o seu trabalho, porque eu preciso ter o direito de conversar com o meu cliente”. Não foi alguém nomeado **ad hoc**, não foi alguém nomeado, naquele instante, pelo paciente.

Presidente, eu só faço a sugestão, diante da mudança da jurisprudência - e estou trazendo, aqui, essa inexistência de teratologia para a concessão de ordem de ofício -, de, se Vossa Excelência adequar o voto, acompanhar Vossa Excelência, por conta da adequação da jurisprudência com o passar do tempo.

Aqui, Ministro **Marco Aurélio**, não está em jogo diretamente a prisão, mas a nulidade.

18/06/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 112.225 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quanto ao implemento de ofício, Presidente, apenas ressalto que o § 5º do artigo 185 do Código de Processo Penal é linear. O preceito revela que: "Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor;"

O momento para essa entrevista é antes da audiência.

Nesses termos, mantenho o voto proferido, agora sob a óptica do deferimento da ordem de ofício.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 112.225

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

PACTE.(S) : FERNANDO MACHADO DE SANTANA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Luiz Fux, Relator, e da Senhora Ministra Rosa Weber, que denegavam a ordem de *habeas corpus*; e do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem, pediu vista do processo o Senhor Ministro Dias Toffoli, Presidente. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 26.6.2012.

Decisão: Por unanimidade, a Turma julgou extinta a ordem de *habeas corpus* por inadequação da via processual, nos termos do voto reajustado do Relator. Por maioria de votos, rejeitou a proposta formulada pelo Senhor Ministro Marco Aurélio no sentido da concessão da ordem, de ofício. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 18.6.2013.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Rosa Weber. Compareceram o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, assumindo a cadeira da Senhora Ministra Rosa Weber, e a Senhora Ministra Cármen Lúcia para julgar processos a eles vinculados.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma