

30/09/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 121.682 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: ROGÉRIO REIS DA SILVA
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*. Interrogatório. Falta de citação prévia. Nulidade. Inexistência. Cientificação da imputação na data da audiência. Nomeação de defensor público ao réu que com ele se entrevistou previamente e não requereu o adiamento do ato. Negação da prática do crime pelo paciente. Inexistência de prejuízo a sua defesa. Audiência de instrução. Nulidade. Ocorrência. Ausência de intimação pessoal da defensoria pública para o ato. Prova acusatória, colhida na audiência, utilizada para a condenação. Prejuízo demonstrado. Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ordem parcialmente concedida.**

1. A falta de citação não anula o interrogatório quando o réu, ao início do ato, é cientificado da acusação, entrevista-se, prévia e reservadamente, com a defensora pública nomeada para defendê-lo - que não postula o adiamento do ato -, e nega, ao ser interrogado, a imputação. Ausência, na espécie, de qualquer prejuízo à defesa.

2. É nula, por violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a audiência de instrução realizada sem a presença da Defensoria Pública, não intimada pessoalmente para o ato, máxime quando a prova acusatória nela colhida tiver embasado a condenação do paciente.

3. A atuação da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, CF), não pode ser considerada fungível com a desempenhada por qualquer defensor **ad hoc**, sendo mister zelar pelo respeito a suas prerrogativas institucionais.

4 – Ordem parcialmente concedida, para anular a condenação do

HC 121682 / MG

paciente.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 30 de setembro de 2014.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

30/09/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 121.682 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: ROGÉRIO REIS DA SILVA
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, sem pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Rogério Reis da Silva, contra ato com que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça rejeitou os embargos de declaração no agravo regimental no AREsp nº 281.010/MG, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**.

Aduz a impetrante que o paciente, denunciado perante o juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Betim/MG, foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Sustenta a nulidade absoluta do processo, nos termos do art. 564, III, *e*, do Código de Processo Penal, por falta de citação do paciente para o interrogatório, bem como porque a Defensoria Pública não teria sido intimada da realização de uma audiência de instrução, como preconizam o art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 e o art. 128, I, da Lei Complementar nº 80/94, o que gerou graves danos à defesa do paciente.

Requer, assim, a concessão da ordem para anular o feito, desde a audiência de interrogatório do paciente.

Como a impetração se encontrava devidamente instruída, dispensei a requisição de informações à autoridade coatora.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. **Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira**, opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

30/09/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 121.682 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Como já exposto, cuida-se de **habeas corpus** impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Rogério Reis da Silva, contra ato da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou os embargos de declaração no agravo regimental no AREsp nº 281.010/MG.

Transcrevo a ementa do julgado ora hostilizado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO EMBARGADO. EFEITO INFRINGENTE. INVIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração em matéria criminal está disciplinado no artigo 619 do Código de Processo Penal, sendo que a inexistência dos vícios ali consagrados importam no desacolhimento da pretensão aclaratória.

2. Inviável a concessão do excepcional efeito modificativo quando, sob o pretexto de ocorrência de omissão na decisão embargada, é nítida a pretensão de rediscutir matéria já suficientemente apreciada e decidida.

3. Embargos de declaração rejeitados”.

O paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Código Penal (anexo 3, fls. 163/172).

Irresignado, apelou, sustentando, em preliminar, a nulidade do processo, por ausência de citação e de intimação pessoal do defensor público para uma das audiências de instrução. No mérito, pugnou por sua absolvição, por insuficiência de provas.

HC 121682 / MG

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais rejeitou as preliminares suscitadas e deu parcial provimento ao apelo, para o fim tão somente de reduzir a pena pecuniária (anexo 4, fls. 33/47).

O paciente interpôs recurso especial, não admitido pelo Tribunal local (anexo 4, fls. 87/88).

Contra essa decisão, foi interposto o AREsp nº 281.010/MG, ao qual a Ministra Relatora negou, monocraticamente, provimento (anexo 4, fls. 109/115).

O paciente interpôs agravo regimental, ao qual a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento, tendo ela rejeitado também os embargos de declaração opostos a esse julgado (anexo 4, fls. 132/135 e 145/152).

No presente **habeas corpus**, insiste a impetrante no reconhecimento da nulidade do processo, em decorrência da falta de citação do paciente e da não intimação da Defensoria Pública para uma audiência de instrução.

Quanto ao primeiro fundamento, não lhe assiste razão.

O juízo de primeiro grau designou o dia 2/5/06 para o interrogatório do paciente (anexo 4, fls. 32 e 40).

O oficial de justiça diligenciou, em 12/4/06, a citação pessoal do paciente no endereço por ele fornecido, mas foi informado por sua mãe, residente no local, de que o paciente estava trabalhando noutra cidade, sem previsão de data para retorno (anexo 3, fl. 49).

Não obstante a falta de citação prévia, o paciente compareceu espontaneamente à audiência designada, ao início da qual foi cientificado da acusação e se entrevistou, reservadamente, com a Defensora Pública Estadual nomeada para defendê-lo.

Ato contínuo, informado do seu direito de permanecer em silêncio, o paciente foi interrogado e negou a imputação (anexo 3, fls. 51/52).

Nos termos do art. 570 do Código de Processo Penal,

“A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou

HC 121682 / MG

o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte”.

Ora, caso a Defensora Pública nomeada para defender o paciente, ao início da audiência, vislumbresse a mais tênue possibilidade de advir-lhe qualquer prejuízo, teria, de imediato, requerido ao juiz o adiamento do ato, ou, ao menos, registrado o seu protesto quanto a sua realização naquelas condições.

A aquiescência da defensora com o interrogatório do acusado somada ao fato de que esse negou a prática do crime a si imputado constituem demonstração inequívoca de que prejuízo algum houve a sua defesa.

Quanto ao segundo fundamento, melhor sorte assiste à impetrante.

A Defensoria Pública - que, desde o início, patrocinava os interesses do paciente - não foi intimada pessoalmente, como determinam o art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal, e o art. 128, I, da Lei Complementar nº 80/94, para a audiência de instrução que se realizou em 25/5/07(anexo 3, fls. 79/81).

Nessa audiência, ouviram-se, em depoimentos sintéticos, a vítima Nilson Freire da Silva – que reconheceu o paciente como um dos autores do roubo – e o policial militar Valdeci Pinto da Costa, testemunha de acusação.

Na tentativa de suprir a ausência da Defensoria Pública, o juiz nomeou defensor **ad hoc**, o qual, todavia, não formulou qualquer pergunta nem explorou possíveis falhas ou contradições nos depoimentos.

Por sua vez, a sentença, além da confissão policial do paciente, se amparou exatamente nos depoimentos colhidos na audiência em que esteve ausente a Defensoria Pública para condená-lo (anexo 3, fls. 166/168).

Nesse contexto, é imperioso reconhecer-se a nulidade do processo, diante da manifesta violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Como já exposto, é evidente o prejuízo à defesa do paciente, ante a

HC 121682 / MG

falta de intimação da Defensoria Pública para a audiência em que colhida parte substancial da prova acusatória, e a inércia do defensor nomeado para o só efeito do ato.

Corroborando a assertiva supra, salta aos olhos o contraste entre as inquirições da vítima Nilson e do policial Valdeci – em que o defensor **ad hoc** permaneceu silente – e o depoimento do ofendido Aldair José de Magalhães, em audiência realizada no dia 3/2/09, no qual o Defensor Público Alexandre Delorenzo Souza ativamente questionou, com várias perguntas, o reconhecimento do paciente feito por essa vítima (anexo 3, fl. 124).

Essa discrepância é a mais absoluta demonstração do prejuízo concretamente sofrido pelo paciente, derivado da não intimação da Defensoria Pública para a audiência realizada em 25/5/07.

Nem se argumente com preclusão.

A uma, por se tratar de violação de princípios fundamentais do processo, de estatura constitucional, com o que não se pode transigir.

A duas, porque a defesa, em estrita observância ao que dispõe o art. 571, II, do Código de Processo Penal, arguiu, em suas alegações finais, a nulidade da audiência (anexo 3, fls. 142/143).

Aliás, caso se tratasse de falta de intimação do defensor **constituído** do réu para ato similar, nem sequer haveria qualquer controvérsia quanto à sua nulidade.

Nesse particular, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC nº 107.394/ES, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 6/5/13, reconheceu a nulidade da audiência pela não intimação do defensor constituído, em acórdão assim ementado:

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE DEFENSOR CONSTITUÍDO. PREJUÍZO DEMONSTRADO.

Ausência de intimação do defensor constituído para comparecer na audiência de oitiva das testemunhas da acusação. O legislador processual penal acolheu expressamente

HC 121682 / MG

o princípio de conservação, significando que, sem prejuízo, não há que se reconhecer nulidade, ainda que se esteja diante de vício existente. Prejuízo aferido em relação ao procedimento concreto no qual está sendo questionado o descumprimento da normativa estabelecida em lei.

Desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a prova oral produzida na audiência de instrução realizada sem a prévia intimação do defensor constituído e do próprio réu foi relevante na conclusão do juízo condenatório. Prejuízo demonstrado. Nulidade reconhecida.

Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido, mas com concessão da ordem ofício, para invalidar, desde a audiência de inquirição de testemunhas da acusação, inclusive, o Processo nº 035.020.583.437 (2965) da Terceira Vara Criminal da Comarca de Vila Velha/ES, anulando, em consequência, a condenação penal imposta.”

Ora, não há razão para se conferir tratamento dissonante à Defensoria Pública.

Como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, à qual incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134 da Constituição Federal e art. 1º da Lei Complementar nº 80/94), há que se zelar pelo respeito a suas prerrogativas institucionais, máxime quando, de sua inobservância, como na espécie, advier sério prejuízo à defesa do imputado.

A atuação da Defensoria Pública não pode ser considerada fungível com a desempenhada por qualquer defensor **ad hoc**, razão pela qual a nomeação desse não afasta a nulidade da audiência ora impugnada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **concedo em parte a ordem de *habeas corpus***, para o fim de reconhecer a nulidade da condenação do paciente e do processo, a partir da audiência de inquirição da vítima Nilson Freire da Silva e do policial militar Valdeci Pinto da Costa.

Ressalvo, nos termos do art. 573, § 2º, do Código de Processo Penal, a

HC 121682 / MG

desnecessidade de renovação da inquirição da vítima Aldair José de Magalhães, diante da higidez da audiência realizada, em 3/2/09, na presença da Defensoria Pública, a qual não é atingida pela nulidade do ato instrutório precedente.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 121.682

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : ROGÉRIO REIS DA SILVA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

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

Decisão: A Turma deferiu, em parte, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 30.9.2014.

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

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma