

HC 123494 / ES

regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte. Vale dizer, o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o acusado. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional. Questão, outrossim, suscitada a destempo, após a prolação de sentença condenatória.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro DIAS TOFFOLI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de fevereiro de 2016.


Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

16/02/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 123.494 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : **MIN. TEORI ZAVASCKI**
PACTE.(S) : 
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
COATOR(A/S)(ES) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao RHC 37.483/ES. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi denunciado e condenado pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006); (b) alegando nulidade da audiência de instrução, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que denegou a ordem, e, na sequência, interpôs RHC no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que a Ministra Relatora negou seguimento ao recurso; (c) a defesa interpôs, ainda, agravo regimental, que foi improvido, em acórdão assim ementado:

“(…) I - Segundo a legislação penal em vigor, revela-se imprescindível, quando alegada a nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563, do Código de Processo Penal.

II - Esta Corte de Justiça possui entendimento no sentido de que não configura nulidade processual por cerceamento de defesa a ausência do advogado constituído ou de Defensor Público na audiência de instrução e julgamento, na hipótese em que houver a nomeação de advogado dativo para o

HC 123494 / ES

acompanhamento da ação penal. Precedentes.

III - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

IV - Agravo Regimental improvido”.

Neste *habeas corpus*, a impetrante sustenta, em suma, que (a) solicitou antecipadamente a redesignação da audiência marcada para 12/4/2012, mas o pleito foi indeferido pelo magistrado de primeiro grau, que, na ausência de Defensor Público para acompanhar o paciente naquela assentada, nomeou um defensor dativo; (b) tal procedimento configura ofensa aos princípios da ampla defesa e do defensor público natural. Requer, ao fim, a concessão da ordem, para que seja declarada a nulidade da audiência realizada sem a presença do representante da Defensoria Pública.

O pedido de liminar foi indeferido.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, se conhecido, pela denegação ordem.

É o relatório.

16/02/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 123.494 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. O inciso IV do art. 4º-A da Lei Complementar 80/1994, incluído pela Lei Complementar 132/2009, estabelece que *são direitos dos assistidos* pela Defensoria Pública “o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural”. Em linhas gerais, pode-se afirmar que a norma em questão objetiva garantir a imparcialidade na designação (critérios legais) e na atuação dos defensores públicos (cf. Exposição de Motivos 00024/2007 - MJ).

É certo que esta Suprema Corte reconhece a relevância da instituição e respalda a necessária concretização das prerrogativas a ela inerentes (cf. ADI 2.903/PB, DJe 19/9/2008); entretanto, o dispositivo não permite concluir, como pretende a defesa, a exclusividade do órgão para atuar nas causas em que figure pessoa carente, sobretudo se considerada a atual realidade institucional, em especial a dificuldade na implantação de núcleos de atendimento dotados de profissionais suficientes a atender as demandas locais e na sua instalação em todo o território nacional.

2. No caso, o Defensor Público Thieres Fagundes de Oliveira foi designado para atuar, duas vezes por semana, na 2ª Defensoria Criminal de São Mateus/ES, sem prejuízo das suas funções na Comarca de Linhares/ES, razão pela qual requereu a esse último Juízo a redesignação da audiência de instrução designada para 12/4/2012, data em que estaria oficiando na comarca de São Mateus. Não obstante, o Juízo singular realizou o ato, no qual foi interrogado o paciente e inquiridas três testemunhas de acusação. Na oportunidade, foi nomeado o Dr. Leandro Freitas de Sousa para prestar-lhe assistência, tendo-lhe sido assegurado, inclusive, “contato privativo com seu advogado”. Dos termos acostados aos autos, é possível verificar que a defesa exerceu seu mister com

HC 123494 / ES

eficiência e exatidão, uma vez que participou ativamente dos depoimentos, formulando perguntas tanto para o acusado (ora paciente) quanto para as testemunhas do Ministério Público.

3. Como se percebe, o indeferimento do pedido de adiamento de audiência formulado pela Defensoria Pública não implicou prejuízo à situação jurídico processual do paciente, porquanto garantido seu direito à defesa técnica e os dele decorrentes, como a entrevista privativa, não sendo possível verificar o apontado cerceamento de defesa. Com efeito, não sendo constituído advogado particular pelo acusado e não havendo Defensor Público disponível para atuar na defesa técnica do hipossuficiente, assim reconhecido nos termos da lei, é dever do magistrado socorrer-se de profissionais habilitados (dativos ou *ad hoc*) para exercerem tal mister (art. 263 do CPP), sem que tanto configure cerceamento de defesa ou “prejuízo evidente” aos assistidos. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça Estadual asseverou não haver “elementos que indiquem vício na realização da audiência instrutória, tampouco aponte para efetivo prejuízo causado ao ora Paciente”, porquanto foi “assistido por profissional habilitado, tendo-lhe sido garantido o direito a contato privativo”. Ademais, a impossibilidade de atuação da Defensoria Pública naquele ofício, por dois dias semanais, não implica a automática redesignação dos atos nos processos conduzidos pela instituição, sob pena de se mitigar os poderes atribuídos ao magistrado na condução dos atos processuais, a quem compete definir as datas e os atos a serem realizados, bem assim os respectivos pedidos de adiamento formulados. Ademais, não se pode ignorar que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXXVIII, dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Conforme já decidiu o Min. Edson Fachin, “as prerrogativas da Defensoria Pública têm sua legitimidade condicionada ao favorecimento de seus assistidos, de modo que, se a atuação do Defensor Natural for prejudicial a tais interesses, inclusive com a virtual eternização da coação exercida pela instauração da

HC 123494 / ES

demanda penal, admite-se a destituição da defesa pública e a substituição por defesa dativa” (HC 129470, decisão monocrática, DJe de 3/9/2015).

Impende consignar que, ao final da instrução, o paciente foi absolvido por um dos crimes a ele imputados, em sentença prolatada em 6/11/2012, ou seja, poucos meses após a indigitada audiência, concretizando-se, desse modo, o direito à efetiva e célere prestação jurisdicional, sem comprometer, como afirma a impetrante, seu direito à ampla defesa.

4. Essas especiais dificuldades na instalação das defensorias por parte do Estado foram reconhecidas pela própria Constituição Federal, em seu art. 98, §§ 1º e 2º, do ADCT, acrescido pela Emenda Constitucional 80/2014, que determinou a criação progressiva, no prazo de 8 anos, de unidades da defensoria, dotadas de número de defensores proporcional à efetiva demanda e à respectiva população, em todas as unidades jurisdicionais, devendo ocorrer, prioritariamente, nas regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. Não menos alheio a essa realidade, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reconhecer a inconstitucionalidade progressiva da legitimidade ativa do Ministério Público do Estado de São Paulo para propor a ação civil *ex delicto* (art. 68 do CPP) até que seja instituída e regularmente organizada a Defensoria Pública local (RE 135.328/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 20/4/2001).

5. Se não bastasse, é da jurisprudência desta Corte o entendimento de que, à luz da norma inscrita no art. 563 do CPP e da Súmula 523/STF, para o reconhecimento de nulidade dos atos processuais exige-se, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte (*v.g.*: HC 85155, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ 15/4/2005; RHC 117096, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 15/10/2013; RHC 117674, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 7/10/2013; HC 115336, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 5/6/2013). Sob essa perspectiva, é

HC 123494 / ES

ponderável exigir-se da parte, para que se proclame a nulidade de ato processual, a demonstração inequívoca de prejuízo concreto à defesa técnica.

Na espécie, entretanto, a impetrante sequer indicou de que modo a renovação dos referidos atos processuais poderia beneficiar o paciente, limitando-se a tecer considerações genéricas sobre violação de princípios constitucionais e de prerrogativas das defensorias públicas. Caso a parte se considerasse prejudicada em seu direito, poderia ter se manifestado em preliminar de alegações finais (CPP, art. 571). Ocorre que essa insurgência só foi veiculada no *habeas corpus* impetrado no Tribunal de Justiça Estadual, depois de proferida sentença condenatória, não sendo possível, por outro lado, verificar se tal questionamento foi repetido no recurso de apelação interposto pela defesa.

Sendo esse o quadro, não há prejuízo evidente a acarretar nulidade da ação penal, além de a questão não ter sido arguida em momento oportuno. Destacam-se, no mesmo sentido, os seguintes precedentes:

“(…) III – Orientação firmada por esta Corte no sentido de que não se declara a nulidade de ato processual caso a alegação não venha acompanhada da prova do efetivo prejuízo sofrido pelo réu. Precedentes. (...)” (HC 111.522, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 19/6/2012).

“(…) 5. Circunstâncias especiais do caso, especialmente a regular intimação do defensor da data designada para a realização do ato, a nomeação de advogado dativo e a ausência de prejuízo efetivo, que não autorizam, como exceção, o reconhecimento da nulidade. (...)” (HC 113.837, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 31/5/2013).

6. Diante do exposto, denego a ordem. É o voto.

