



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.072.292 - BA (2017/0065058-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **ERIQUE DA SILVA BARBOSA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO 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 AGRADO.

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*.

3. 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.

4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.072.292 - BA (2017/0065058-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **ERIQUE DA SILVA BARBOSA**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por ERIQUE DA SILVA BARBOSA contra decisão desta Relatoria, que conheceu do agravo para não conhecer do Recurso Especial apresentado.

Sustenta o agravante que a decisão agravada deveria ser reconsiderada, porquanto a pretensão defensiva não demandaria a incursão na seara fático-probatória.

Alega que o magistrado singular deveria ter determinado a intimação do acusado, em face do não comparecimento do advogado constituído para atuar em sua defesa à audiência de instrução, a fim de que outro profissional fosse por ele indicado, ou, então, intimada a Defensoria Pública para atuar em seu favor.

Alega que o prejuízo seria incontestável, tendo em vista que não teria sido oportunizada a escolha de um profissional de sua confiança, tendo sido tolhido o acesso à sua ampla defesa.

Requer a reconsideração da decisão ou o encaminhamento dos autos ao colegiado para que o apelo nobre apresentado seja conhecido e provido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.072.292 - BA (2017/0065058-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Ultrapassados os requisitos de admissibilidade do agravo regimental, passa-se à análise do mérito da insurgência.

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto e multa, como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/06, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por restritivas de direitos, porque, nos termos da inicial acusatória:

"[...] em 10 de abril de 2012, por volta das 23h45min, na Travessa São José, no Bairro Calçada, o denunciado foi preso em flagrante delito porque trazia consigo 15 (quinze) pedras de craque, embaladas em plástico incolor, massa bruta de 3,93g (três gramas e noventa e três centigramas) e 11 (onze) porções de substância branca na forma de grânulos, massa bruta de 18,63g (dezoito gramas e sessenta e três centigramas), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar." (e-STJ fl. 4)

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte Estadual, a qual deu parcial provimento ao recurso, apenas para conceder o benefício da justiça gratuita ao apelante, mantendo inalterado o édito condenatório.

Foi apresentado o Recurso Especial, com esteio no permissivo constitucional, no qual a parte alegou nulidade da ação penal, ante nomeação de defensor *ad hoc* para representar o réu na audiência de instrução, ante o não comparecimento do advogado constituído, devidamente intimado, sem sua notificação para intimar novo causídico.

Em juízo prévio de admissibilidade, o recurso foi inadmitido, o que deu ensejo à apresentação do respectivo agravo.

Instado a opinar, o Ministério Público Federal, manifestou-se pelo não provimento da insatisfação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por decisão desta Relatoria, o recurso foi conhecido para não conhecer do apelo nobre apresentado.

Daí a interposição do presente agravo regimental, no qual a defesa pretende a anulação da ação penal desde a audiência de instrução e julgamento em que nomeado defensor *ad hoc* para patrocinar o recorrente.

Quanto ao ponto, é cediço que em favor do acusado em processo penal - por meio do qual o Estado é legitimado a exercer o seu direito de punir quando constatada a violação à determinada norma penal incriminadora - são previstas certas garantias estabelecidas constitucionalmente contra possíveis arbitrariedades por parte do ente estatal no curso do procedimento deflagrado para a apuração da responsabilidade criminal.

Dentre estas, pode-se citar o direito do réu de se ver processado de acordo com o devido processo legal, consubstanciado, dentre outras, na garantia à ampla defesa e ao contraditório, prevista no artigo 5º, inciso LV da Constituição, permitindo-se o equilíbrio e o tratamento isonômico das partes integrantes da causa levada à apreciação do Poder Judiciário.

Assim, é fulminada por ilegalidade qualquer ação penal na qual são mitigadas tais garantias, por se tratar de um retrocesso à arbitrariedade já vista em plúmbeos tempos e repudiada pela sociedade brasileira, tendo em vista os esforços árduos para a concretização de um Estado Democrático de Direito com todas as características que lhe são inerentes.

Com efeito, nos dias atuais não se pode conceber o exercício da pretensão punitiva por parte do Estado sem que sejam observadas as garantias do acusado à ampla defesa e ao contraditório, as quais, frise-se, não se prestam somente para zelar pelo interesse deste, mas também para que seja preservada a imparcialidade do órgão julgador, ao conduzir um processo no qual as partes foram tratadas de forma parelha, sem nenhuma vantagem para qualquer delas.

O estudo de tais institutos garantistas indica que um se constitui em complemento do outro, ou a sua razão de existência. Aliás, nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, "é do contraditório (*visto em seu primeiro momento, da informação*) que brota o exercício



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da defesa; mas é essa - como poder correlato ao de ação - que garante o contraditório" (As nulidades no processo penal. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87).

Nessa ordem de ideias, no âmbito da garantia à ampla defesa, é assegurado ao acusado o direito de nomear um defensor de sua confiança, nos termos do artigo 263 do Código de Processo Penal, que preconiza que "se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação".

Sobre o assunto, insta destacar o posicionamento doutrinário de Guilherme de Souza Nucci:

"Escolha de defensor de sua confiança: é direito inafastável do acusado, fazendo parte da ampla defesa. Deve haver uma estreita relação de confiança entre o réu e o profissional destacado para ouvir seus segredos e usar todos os recursos cabíveis para garantir o seu indisponível direito à liberdade. Assim, é natural que, não possuindo defensor, a princípio, cumprindo-se o estabelecido no art. 261, deve o juiz nomear-lhe um, o que não impede, a qualquer tempo, o ingresso no feito de advogado escolhido pelo próprio réu" (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 569).

A mesma compreensão é compartilhada por esta Corte Superior de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. RECUSA DA CAUSÍDICA EM PROCEDER À DEFESA DO RÉU DURANTE A SESSÃO PLENÁRIA. ATUAÇÃO DA DEFENSORA PÚBLICA ANTERIORMENTE NOMEADA PARA REPRESENTÁ-LO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 263 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEFENSOR NATURAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. Nos termos do artigo 263 do Código de Processo Penal, o acusado tem o direito de escolher o seu defensor, não podendo o magistrado nomear profissional para patrociná-lo antes de lhe possibilitar a indicação de advogado de sua confiança.

2. No caso dos autos, em momento algum o réu foi tolhido do direito de ser defendido por advogado de sua confiança, inexistindo qualquer ilegalidade no fato de a Defensora Pública nomeada para representar o acusado anteriormente ter exercido sua representação no julgamento em plenário, diante das evidências de manobras protelatórias na recusa do seu exercício pela causídica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constituída.

3. Além disso, o acusado não apresentou qualquer objeção à atuação da Defensora Pública em Plenário do Júri, a qual, inclusive, já havia sido cancelada pela esposa do recorrente, razão pela qual não há que se falar em nulidade na decisão impugnada.

[...]

4. Agravo improvido.

(AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 1058456/RJ, De Minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 04/05/2018)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. RENÚNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONSTITUIR NOVO CAUSÍDICO. NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Necessária a intimação do paciente a fim de que possa ser cientificado da renúncia e possibilitar a escolha de defensor de sua confiança, em consonância com o princípio da ampla defesa.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para cassar o acórdão condenatório e a respectiva certidão de trânsito em julgado, assegurando a realização de intimação para constituir defensor de sua confiança e o direito de aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, salvo se por outro motivo não estiver preso.

(HC 203.922/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 01/07/2015)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. (...) RENÚNCIA DO ADVOGADO FORMALIZADA ANTES DA APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO PRIMEIRO RECORRENTE PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVO PATRONO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. (...) RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. Por expressa determinação legal, quando o Defensor constituído do acusado é pessoalmente intimado para a apresentação da defesa prévia prevista no art. 55 da Lei n.º 11.343/06, e deixa espontaneamente de fazê-lo, cabe ao Magistrado processante nomear Defensor para oferecê-la no prazo de 10 dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação, sem a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade de intimar pessoalmente o réu.

3. O réu, entretanto, deve ser intimado para constituir novo patrono, quando formalizada a renúncia do mandato judicial por ele anteriormente outorgado. Se assim não se procedeu, houve cerceamento de defesa e, conseqüente, nulidade dos atos processuais subsequentes a abdicação. Exegese da Súmula n.º 708 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

(...)

5. Recurso parcialmente provido para, apenas em relação ao Recorrente JÔAS NAZARENO FONSECA BARROS, declarar a nulidade da ação penal desde a fase de alegações finais, assegurando-lhe o direito de nomear advogado de sua confiança para representá-lo.

(RHC 37.159/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 08/05/2014)

Na espécie, o réu vem sendo assistido por advogados devidamente nomeados e de sua confiança, bem como pela Defensoria pública do Estado, sendo que o causídico, então, constituído, foi devidamente intimado da audiência de instrução a ser realizada em 30.10.2012, não tendo manifestado qualquer objeção ao ato (e-STJ fl. 244).

No entanto, embora devidamente cientificado da solenidade, o patrono do acusado a ela não compareceu, tendo o magistrado singular designado defensor *ad hoc* para representá-lo no ato (e-STJ fl. 244).

Verifica-se, assim, que o agravante não foi tolhido do direito de escolher profissional de sua confiança para patrociná-lo em juízo, uma vez que já estava sendo defendido por advogado de sua confiança que, apesar de notificado, não compareceu à audiência de instrução mencionada, o que ensejou a nomeação de dativo para atuar unicamente na ocasião, procedimento que encontra amparo no artigo 265, § 2º do Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

§ 1º A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer.

§ 2º Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na mesma esteira são os julgados deste Sodalício:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE RÉU NA AUDIÊNCIA DE CONTINUAÇÃO DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. INOCORRÊNCIA DE VÍCIO PROCESSUAL. ADVOGADO DEVIDAMENTE INTIMADO. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA. SUPOSTAS IRREGULARIDADES ARGUIDAS A DESTEMPO. PRECLUSÃO. DELITO PRATICADO SOB A VIGÊNCIA DA LEI N. 6.368/1976. APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 8º DA LEI N. 8.072/1990. READEQUAÇÃO DA PENA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. O alegado cerceamento de defesa pela falta de apresentação do réu na audiência de continuação de inquirição de testemunhas não foi objeto de exame no acórdão impugnado, o que impede o conhecimento desta matéria diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Tal questão sequer foi questionada em primeiro grau.

3. Não há se falar em ofensa à defesa técnica, pois, diante da ausência injustificada do profissional constituído pelo acusado, preconiza o art. 265, § 2º, do Código de Processo Penal que "o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato, bastando a nomeação de defensor ad hoc" (RHC 71.696/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 8/11/2016, DJe 16/11/2016).

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para readequar a pena do paciente, pelo delito do art. 14 da Lei n.

6.368/1976, para 4 anos e 10 meses de reclusão.

(HC 329.726/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. (...) DEFENSOR E PACIENTE REGULARMENTE INTIMADOS E AUSENTES À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. AMPARO LEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

IV - Pelo que se depreende dos pronunciamentos das instâncias ordinárias, a defesa dos pacientes e os próprios foram regularmente intimados das audiências de instrução e julgamento designadas pela origem, sendo que a ausência à última assentada culminou com a nomeação de defensor dativo (Defensoria Pública), o qual optou, com amparo legal (art. 401, § 2º, do CPP), pela dispensa da oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, não havendo se falar, in casu, em nulidade.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 343.435/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 21/03/2016)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. NULIDADE. 1. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. NULIDADE RELATIVA. 2. AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS EM JUÍZO DEPRECADO. AUSÊNCIA DE DEFENSOR CONSTITUÍDO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. FALTA DE REQUISIÇÃO DE RÉU PRESO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. 3. ORDEM DENEGADA.

1. A ausência de defesa prévia, peça facultativa na antiga redação do art. 395 do Código de Processo Penal, não possui o condão de, por si só, nulificar a condução procedimental. Precedentes.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a falta de requisição de réu preso para a audiência de oitiva de testemunhas realizadas por precatória constitui nulidade relativa, sendo indispensável a comprovação de prejuízo.

3. A ausência do advogado constituído na audiência de oitiva de testemunhas não acarreta nulidade se o paciente foi representado por defensor dativo.

4. A intimação do réu para que constitua novo defensor, querendo, só se exige quando ocorre a renúncia do defensor constituído.

5. Ordem denegada.

(HC 123.432/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 19/09/2011)

Finalmente, não há que se falar em ofensa ao princípio do defensor natural, ante a nomeação de um advogado *ad hoc* ao invés de um defensor público para atuar em favor do agravante na audiência em que seu patrono não esteve presente.

Isso porque o § 2º do artigo 265 do Código de Processo Penal determina apenas que, na ausência do causídico contratado pelo acusado, um defensor substituto seja designado provisoriamente para o ato, não havendo qualquer exigência no sentido de que seja um membro do órgão de assistência judiciária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aliás, tal compreensão contraria o próprio objetivo do dispositivo processual penal em apreço, que é o de evitar a perda de um ato processual que pode ser realizado validamente, pois nem sempre um Defensor Público estará disponível no local ou no momento da solenidade para atuar como advogado *ad hoc*.

Ademais, sabe-se que, em casos como o que ora se examina, a atuação do patrono dativo é temporária, tendo como único objetivo a proteção dos interesses do réu em determinada audiência, o que reforça a impossibilidade de se conferir tal encargo apenas à Defensoria Pública, que, por essa mesma razão, não tem suas prerrogativas e garantias violadas.

Quanto ao ponto, é imperioso destacar que não há notícia da hipossuficiência do réu, tanto que, à época, constituiu defensor, sendo que, na hipótese, o advogado *ad hoc* foi designado para atuar em uma única audiência devido ao não comparecimento do causídico contratado pela parte.

Em arremate, cumpre salientar que, 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 na impetração, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, que se encontra assim redigido:

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

Em caso semelhante, assim já decidiu este Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO CONCRETO AO RÉU. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. VIOLAÇÃO DO DIREITO DE ESCOLHA DO PATRONO. INEXISTÊNCIA. PRISÃO CAUTELAR. LEGALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No presente mandamus, a defesa assevera que a prisão foi decretada em audiência nula, uma vez que não se observou o direito subjetivo do paciente de escolher seu patrono. Outrossim, ainda que o paciente tenha informalmente afirmado que não constituiria novo causídico, deveria lhe ter sido nomeado Defensor Público, e não advogado ad hoc.

3. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se trata de alegação de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP, o que, na hipótese, não ficou demonstrado.

4. O simples fato de o ora paciente ter sido assistido por defensor ad hoc designado pelo juízo na própria audiência de instrução e julgamento, em razão de seu advogado constituído ter renunciado ao mandato, cerca de 10 dias antes da realização da referida audiência, não enseja a declaração de nulidade do citado ato processual.

5. A designação de defensor ad hoc consagra a efetivação da exigência de defesa técnica, corolário do princípio constitucional da ampla defesa, não havendo que se falar, pois, em prejuízo decorrente apenas desse fato, nos termos do art. 263 do CPP, mormente quando o paciente, presente na audiência de instrução e julgamento, não exerceu o seu direito de constituir um novo advogado, e nem se insurgiu contra a designação do juízo.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 338.962/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NULIDADE. NÃO COMPARECIMENTO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO AO INTERROGATÓRIO. NOMEAÇÃO DE DEFESA AD HOC. POSSIBILIDADE. PRETERIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não há cerceamento de defesa na hipótese em que, ausente o advogado constituído, no interrogatório, é nomeada defesa ad hoc - a despeito de ter o réu declinado interesse em ser defendido pela Defensoria Pública -, com posterior remessa dos autos para a Defensoria após a assentada, para o patrocínio dos interesses do acusado.

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 que 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

solenidade para atuar como advogado ad hoc" (RHC n. 66.193/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 4/5/2016).

3. Ademais, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, consubstanciado pela máxima do pas de nullité sans grief, não há que ser declarado um ato como nulo se da nulidade não resultar prejuízo.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgInt no HC 420.368/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 09/04/2018)

Irretocável, por conseguinte, o aresto objurgado, no qual se concluiu que "com a ausência do advogado da parte para aquela assentada, é cediço que não gera nulidade processual se ao réu foi concedido o direito de ser assistido por defensor ad hoc. Ademais, porque a específica nomeação não acarretou qualquer prejuízo à defesa técnica do acusado, conforme previsto no art. 563. do CPP." (e-STJ fl. 244).

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0065058-4

AgRg no
AREsp 1.072.292 /
BA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03397838820128050001 3397838820128050001 942012

EM MESA

JULGADO: 18/09/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ERIQUE DA SILVA BARBOSA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ERIQUE DA SILVA BARBOSA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.