



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 37.483 - ES
(2013/0137489-8)**

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : JHONES RODRIGUES GOMES
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA SEM A PRESENÇA DE DEFENSOR PÚBLICO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. NOMEAÇÃO DE ADVOGADO DATIVO.

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 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUINTA Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de março de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 37.483 - ES
(2013/0137489-8)**

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : JHONES RODRIGUES GOMES
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental no recurso em *habeas corpus* interposto por **JHONES RODRIGUES GOMES**, contra decisão de fls. 97/104 e-STJ, que negou seguimento ao recurso ordinário, nos termos do disposto nos arts. 557, *caput* e 3º, dos Códigos de Processo Civil e Penal.

Em suas razões recursais, a parte agravante sustenta, em síntese, a existência de constrangimento ilegal, diante da nulidade da instrução criminal, em razão do cerceamento do direito de defesa por ter sido realizada a audiência de instrução e julgamento sem a presença do Defensor Público atuante no feito, não obstante o pedido de redesignação da mencionada audiência.

Aduz, por fim, que a impossibilidade de comparecimento na mencionada audiência foi previamente noticiado, requerendo que fosse redesignada para data anterior ou posterior àquela agendada, sem, contudo, ter sido analisada.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do agravo regimental.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 37.483 - ES
(2013/0137489-8)**

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : JHONES RODRIGUES GOMES
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (e-STJ Fls. 97/104):

Vistos.

*Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus, sem pedido de liminar, interposto em favor de **JHONES RODRIGUES GOMES**, contra acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, no julgamento do Habeas Corpus n. 0002437-98.2012.8.08.0000.*

Consta dos autos que o Recorrente responde à Ação Criminal n. 030.11.007681-4, em trâmite junto ao MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Linhares/ES e, diante da impossibilidade de comparecimento, o Defensor Público requereu a redesignação da audiência agendada para 12.04.2012 (e-STJ Fl. 12).

Na audiência, diante da ausência do Defensor Público, o referido Juízo, nomeou advogado dativo para promover a defesa técnica do Acusado (e-STJ Fls. 14/17).

Inconformada, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo impetrou o Habeas Corpus n. 0002437-98.2012.8.08.0000, pugnando pelo reconhecimento da nulidade da ação penal, diante da ausência da Defensoria Pública na audiência de instrução e julgamento.

A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de origem, por unanimidade, denegado a ordem (e-STJ Fls. 51/57).

Sustenta o Recorrente, em síntese, a existência de constrangimento ilegal, diante da nulidade da instrução criminal, em razão do cerceamento do direito de defesa por ter sido submetido à audiência sem a presença do Defensor Público, não obstante o pedido de redesignação da audiência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agendada.

Afirma, ademais, que o impedimento para a participação da mencionada audiência foi previamente noticiado, requerendo que fosse redesignada para data anterior ou posterior àquela agendada.

Requer, liminarmente e no mérito, o reconhecimento da nulidade da audiência de instrução e julgamento (e-STJ Fls. 61/68).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ Fls. 89/92).

É o relatório. Decido.

Nos termos do caput e § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 3º, do Código de Processo Penal, e art. 34, XVIII, do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado, em matéria criminal, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou dar provimento a recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante da respectiva Corte ou Tribunal Superior.

Ademais, cumpre destacar que, 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, que dispõe: Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CINCO VEZES). PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DO INTERROGATÓRIO DO PACIENTE TER SIDO REALIZADO SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO POR ELE CONSTITUÍDO. DEFENSOR CIENTE DO REFERIDO ATO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC PARA ACOMPANHAR O RÉU DURANTE O INTERROGATÓRIO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ACESSO AOS AUTOS FORA DO CARTÓRIO. PEDIDO DEFERIDO AO ADVOGADO CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUPOSTA INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES DO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. USO DE ALGEMAS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VINCULANTE 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO NOVO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI N.º 11.719/2008, POR SER MAIS BENÉFICO PARA O PACIENTE. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VALIDADE DO INTERROGATÓRIO DO RÉU REALIZADO SOB A VIGÊNCIA DE LEI ANTERIOR. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. ATOS SUBSEQUENTES REALIZADOS SOB O PROCEDIMENTO INSTITUÍDO PELA LEI N.º 11.719/08. USO DO RITO JÁ REVOGADO PARA INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA APRESENTAR DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

1. A alegação de ausência de fundamentação da decisão indeferitória da liberdade provisória encontra-se prejudicada, ante o trânsito em julgado da condenação. Assim, não há mais interesse processual no julgamento do presente writ, quanto à essa questão, pois a constrição suportada pelo Paciente, antes cautelar, agora é definitiva.

2. O art. 185 do Código de Processo Penal, com a alteração dada pela Lei n.º 10.792/03, dispõe ser indispensável para a validade do interrogatório que o Réu seja citado pessoalmente para tal ato, devendo ser interrogado na presença de um defensor constituído ou nomeado.

3. Na hipótese, o Paciente foi assistido em seu interrogatório por defensor ad hoc, sendo-lhe garantido, ainda, o direito de entrevista reservada com o patrono designado pelo Juízo, ante a ausência do Advogado por ele constituído.

4. Afirma a Corte de origem que, ao contrário do que alega o Impetrante, o patrono do Réu estava ciente da data em seria realizado o interrogatório do réu, tanto que fez menção ao referido ato em petição apresentada ao Juízo em 13/08/2008, data anterior à realização do referido ato processual (21/08/2008). Portanto, não restam violados os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem assim não há prejuízo ao Réu, ante a ausência do advogado constituído no interrogatório, se ao Réu foi nomeado Defensor Dativo.

5. Ao contrário do que afirma o Impetrante, foi deferido ao Advogado do Réu acesso aos autos fora do cartório antes da audiência de interrogatório. O Tribunal de origem afirma que o Defensor do Réu teve acesso aos autos em 13/08/2008, antes da audiência designada para 21/08/2008, ocasião em que lhe foi deferido prazo de 03 dias para realizar a consulta aos autos, entretanto, utilizou-se de apenas 10 minutos.

6. Cumpre ressaltar que as regras de caráter processual possuem aplicação imediata, conforme determina do art. 2º do Código de Processo Penal, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, consagrando o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio tempus regit actum. Ou seja, a norma que simplesmente altera o rito procedimental, sem qualquer modificação de direito material, tem aplicação imediata, e não possui efeito retroativo.

7. Depreende-se dos autos que o interrogatório do ora Paciente ocorreu em 21/08/2008, em observância ao rito procedimental vigente à época, e um dia antes do início da vigência da Lei n.º 11.719/08, que alterou substancialmente os dispositivos do Código de Processo Penal referentes aos procedimentos.

8. Dessa forma, não ocorreu nulidade por ausência de suspensão do referido ato até o início da vigência da nova legislação ou de renovação deste ato processual ao final da audiência de instrução e julgamento.

9. A legitimidade do uso de algemas foi reafirmada com a edição do aludido enunciado, ressaltando-se, ainda, o caráter excepcional da medida, a fim de evitar o seu emprego como forma de expor ou constranger o preso, física ou moralmente, em desrespeito ao princípio da dignidade da Pessoa humana.

10. O uso de algemas durante a audiência de instrução e julgamento encontra-se devidamente fundamentado nas circunstâncias em que o crime ocorreu e pelo modus operandi que denotam a periculosidade do Acusado, tendo as instâncias ordinárias apontado elementos concretos que demonstram a necessidade de manter as algemas em audiência, sobretudo, pela violência desmedida perpetrada contra as vítimas.

11. É desinfluyente a alegação de que o reconhecimento pessoal dos acusados não seguiu exatamente os ditames legais, pois a condenação está devidamente justificada, uma vez que as demais provas produzidas ao longo da instrução criminal foram uníssonas em demonstrar a participação do ora Paciente no delito.

12. É imprescindível, quando se fala em nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, o que não ocorreu na hipótese.

13. Não se constata, pois, a alegada nulidade por utilização de procedimento já revogado, uma vez que foi oportunizado ao Paciente o oferecimento de defesa prévia prevista no rito anterior à Lei n.º 11.719/08, para que não lhe fossem violados o direito à ampla defesa e ao contraditório, já que a fase de resposta inicial no novo procedimento já estava superada, como consignado pelo Juízo processante.

14. Ordem denegada

(HC 133.696/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 02/02/2012, destaque meu).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. ALEGAÇÃO DE CRIME CULPOSO E NÃO DOLOSO. MATÉRIA DE PROVA. VIA INADEQUADA. REGIME SEMI-ABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRÁTICA DE OUTRO CRIME. LATROCÍNIO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO (SÚMULA 523 DO STF). ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO. OFENDIDO. PREVISÃO DO ART. 268 DO CPP.

A via estreita de habeas corpus não é compatível com discussões que envolvam o exame do conjunto fático-probatório, estando aí a alegação de que a conduta do agente não se houve com dolo, mas sim com culpa.

Em regra, o regime tem direta ligação com o quantum da pena, porém, diante de aspectos do caso, tais como, circunstâncias desfavoráveis, o Juiz pode fixar um regime mais gravoso do que o normal para o cumprimento da pena.

Segundo reiterado entendimento jurisprudencial albergado na Súmula 523 do STF, a alegada deficiência de defesa técnica, para o fim de anular o processo, deve demonstrar o efetivo prejuízo, o que, na espécie, não se comprova ante a regular atuação do defensor dativo.

A assistência de acusação no processo penal é instituto largamente aceito, consoante a previsão do art. 268 do CPP.

Ordem denegada.

(HC 77.967/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 06/10/2008, destaque meu).

Há de ressaltar, contudo, que as alegações de nulidade devem vir acompanhadas da necessária comprovação do prejuízo, cabendo à Defesa o referido ônus.

Nesse contexto, tendo em vista a ausência de demonstração de prejuízo efetivamente sofrido pelo Paciente, na nomeação de advogado dativo para a assistência do Recorrente durante a audiência de instrução e julgamento, impossibilitado o reconhecimento de nulidade processual. Com efeito, o Recorrente limitou-se apenas a argumentar a violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, a qual acarretaria nulidade processual, não demonstrando o efetivo prejuízo que teria sofrido.

Outrossim, vale ponderar que 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 acompanhamento da ação penal, conforme extrai-se dos precedentes assim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ementados:

HABEAS CORPUS. ART. 214, C.C O ART. 224, A, E O ART. 225, § 1º, I, TODOS DO CÓDIGO PENAL, VIGENTES À ÉPOCA DOS FATOS. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. PACIENTE DEVIDAMENTE ASSISTIDO POR DEFENSOR DATIVO NAS AUDIÊNCIAS EM QUE FALTOU O ADVOGADO CONSTITUÍDO. POSTERIOR CONSTITUIÇÃO DE ADVOGADA QUE APRESENTOU PORMENORIZADAS ALEGAÇÕES FINAIS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. SÚMULA N.º 523, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Não pode ser tido por indefeso o Acusado se, a despeito de o Advogado constituído não ter comparecido a audiência, foi designado Defensor dativo para assisti-lo.

2. Não ocorre nulidade na fase do revogado art. 499 do Estatuto Processual pela não insistência do Defensor em ouvir testemunhas que faltaram à audiência ou não foram arroladas na defesa prévia, se não há qualquer demonstração de que, se tivessem sido ouvidas em juízo, teria sido outra a sorte do Paciente.

3. Deve ser considerado devidamente defendido o Acusado que constituiu Patrocinador que se esmerou em oferecer pormenorizadas alegações finais.

4. Alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal.

É imprescindível a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief*.

5. Súmula n.º 523 do Supremo Tribunal Federal: "[n]o processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu." 6. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 79.774/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013, destaque meu).

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME PECULATO. AUSÊNCIA DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. RÉU DEVIDAMENTE ASSISTIDO POR DEFENSOR NOMEADO DURANTE TODA A FASE COGNITIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 523 DO STF. INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. PRECEDENTES DO STJ.

1. *Observa-se, na hipótese, que a paciente foi assistida por defensor nomeado durante toda a fase de conhecimento, que, satisfatoriamente, ofereceu defesa preliminar e defesa prévia, participou das audiências de inquirição de testemunhas, manifestou-se na fase do art. 499, do Código de Processo Penal e, por fim, apresentou alegações finais.*

2. *Não há como sustentar a alegação de nulidade do processo-crime, em razão da deficiente defesa técnica ocorrida durante a instrução criminal, porquanto não restou configurado, na espécie, de forma concreta e efetiva, os prejuízos que lhe foram ocasionados pela participação do defensor primitivo no processo. Incidência da Súmula n.º 523 do STF. Precedentes.*

3. *O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.*

4. *No caso em tela, a fixação da pena-base e a sua exasperação acima do mínimo legal restaram suficientemente justificadas na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, não havendo, assim, falar em qualquer ilegalidade na espécie.*

5. *Ordem denegada.*

(HC 41.276/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 20/03/2006, destaques meus).

*Isto posto, com fulcro nos arts. 557, caput e 3º, dos Códigos de Processo Civil e Penal, **NEGO SEGUIMENTO** ao recurso ordinário em habeas corpus.*

Publique-se.

Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao Tribunal de origem.

Em que pesem os argumentos apresentados pela parte, a decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, merecendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isto posto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0137489-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no RHC 37.483 / ES**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024379820128080000 2437982012808 30110076814

EM MESA

JULGADO: 25/03/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JHONES RODRIGUES GOMES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JHONES RODRIGUES GOMES
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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 Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.