

Supremo Tribunal Federal

HABEAS CORPUS 91.284 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACTE.(S) : [REDACTED]
PACTE.(S) : [REDACTED]
PACTE.(S) : [REDACTED]
PACTE.(S) : [REDACTED]
IMPTE.(S) : JOSÉ LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: “**HABEAS CORPUS**”.
CERCEAMENTO DE DEFESA.
ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS
AUTOS, QUE, REGULARMENTE
INTIMADO, ABSTÉM-SE DE ATUAR NO
PROCESSO, DEIXANDO ESCOAR, “IN
ALBIS”, O PRAZO LEGAL PARA
CONTRA-ARRAZOAR APELAÇÃO
CRIMINAL INTERPOSTA PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO. APELAÇÃO DO
“PARQUET” QUE, JULGADA, IMPORTOU
EM COMPROVADO PREJUÍZO AOS ORA
PACIENTES. MAGISTRADO QUE, EM
VEZ DE INTIMAR OS RÉUS PARA
CONSTITUÍREM NOVO ADVOGADO,
DESIGNOU, DESDE LOGO, DEFENSOR
DATIVO. PACIENTES PRIVADOS DO
DIREITO DE SEREM DEFENDIDOS POR
DEFENSOR PORELES PRÓPRIOS
CONSTITUÍDO. INJUSTA RESTRIÇÃO À
LIBERDADE DE ESCOLHA PESSOAL DO
ADVOGADO E CONSEQUENTE
LIMITAÇÃO INDEVIDA AO EXERCÍCIO
DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE
RECONHECIDA. DOUTRINA.

HC 91284 / SP

PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO
ILEGAL CONFIGURADO. PEDIDO
DEFERIDO.

LIBERDADE DE ESCOLHA, PELO RÉU,
DE SEU PRÓPRIO DEFENSOR

– O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da “*persecutio criminis*”, específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição da República.

Cumpra ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro Advogado. Antes de realizada essa intimação – ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado – não é lícito ao juiz nomear defensor dativo (ou Defensor Público) sem expressa aquiescência do réu. Magistério da doutrina. Precedentes (HC 92.091/SP Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

DECISÃO: Trata-se de “*habeas corpus*” **impetrado** contra decisão que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, **restou consubstanciada** em acórdão assim ementado (fls. 99):

“‘HABEAS CORPUS’. DIREITO PENAL E DIREITO
PROCESSUAL PENAL. NULIDADES. INOCORRÊNCIA.

HC 91284 / SP

IRREGULARIDADE NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. VERIFICAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. *A falta de oferecimento de contrarrazões de apelação pelo advogado constituído, **suprida** por manifestação de defensor dativo, **não enseja** a intimação da parte ré para a constituição eventual de novo patrono, se o causídico prossegue no patrocínio da causa.*

2. *É **desnecessária a renovação** da nomeação de defensor dativo **já investido** no ‘munus’ público no 1º Grau da jurisdição.*

3. *‘**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.’ (Súmula do STF, Enunciado nº 523).*

4. *A **juntada de documento desinfluyente** na decisão da causa, **porque não produz** qualquer prejuízo, não reclama ciência da outra parte, nem que se lhe oportunize a fala a seu respeito.*

5. ***Não há falar em julgamento** ‘ultra petita’, **se** a matéria decidida é tema das alegações finais, incorporadas às razões do apelo, a revelar inequívoca impugnação de todo o julgado.*

6. *A **alusão genérica** ao número de delitos **não é bastante à justificação** do aumento de pena relativo à continuação criminosa, estabelecido num ‘quantum’ bem superior ao mínimo legal.*

7. *Ordem **parcialmente** concedida.”*

(**HC 53.890/SP**, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO – grifei)

Busca-se, na presente sede processual, “(...) *que a ordem seja concedida, para que sejam reconhecidas e sanadas as seguintes nulidades: ausência de intimação para constituição de defensor; apresentação de razões de apelação por profissional desprovido de procuração ou de nomeação judicial; deficiência de defesa; ofensa à igualdade processual pela produção de prova no parecer ministerial; juntada de documento novo sem abertura de vistas à defesa; julgamento fora dos limites do apelo ministerial; falta de fundamentação válida na fixação da*

Supremo Tribunal Federal

HC 91284 / SP

pena, bem como a ausência de aplicação de circunstância atenuante expressamente reconhecida, cessando, assim, o constrangimento ilegal que os mesmos estão sofrendo” (fls. 44 – grifei).

O Ministério Público Federal, **em seu pronunciamento**, *opinou pela denegação* da ordem de “*habeas corpus*” (fls. 159/164).

Passo a examinar o pleito em causa. **E, ao fazê-lo, entendo assistir razão** à parte impetrante.

*Com efeito, **observo** que os ora pacientes, durante toda a instrução criminal, foram tecnicamente defendidos por Advogado que eles próprios constituíram.*

Convém destacar, de outro lado, **que os pacientes** [REDACTED] e [REDACTED] – **anteriormente absolvidos** no juízo de primeiro grau (Apenso 03, fls. 464/474) – **vieram a ser condenados, em decorrência** de apelação interposta pelo Ministério Público Federal (Apenso 03, fls. 476/491), **às penas** de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, *em regime aberto*, e ao pagamento de 72 (setenta e dois) dias-multa ([REDACTED]); e de 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, *em regime semiaberto*, e ao pagamento de 144 (cento e quarenta e quatro) dias-multa ([REDACTED]), **ambos pela prática** do delito tipificado no art. 17 da Lei nº 7.492/86 (Apenso 03, fls. 613/656).

Da mesma forma, os pacientes [REDACTED] e [REDACTED] – **condenados** em primeira instância (Apenso 03, fls. 464/474) – **tiveram as reprimendas aumentadas, em decorrência** de apelação interposta pelo Ministério Público Federal (Apenso 03, fls. 476/491), **restando condenados** às penas de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, *em regime semiaberto*, e ao pagamento de 147 (cento e quarenta e sete) dias-multa ([REDACTED]); e de 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, *em regime semiaberto*, e ao pagamento de 144 (cento e quarenta e quatro)

Supremo Tribunal Federal

HC 91284 / SP

dias-multa (██████████), ambos pela prática do delito tipificado no art. 17 da Lei nº 7.492/86 (Apenso 03, fls. 613/656).

A decisão penal condenatória, que emanou do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, já transitou em julgado (Apenso 03, fls. 662), encontrando-se suspensa a execução por efeito de medida cautelar por mim deferida (fls. 132/135).

Há que se registrar, por relevante e necessário, que o Advogado constituído pelos pacientes, devidamente intimado (Apenso 03, fls. 495/496), deixou transcorrer “in albis” o prazo para contra-arrazoar o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público (Apenso 03, fls. 505), havendo o Juízo de primeira instância, por sua vez, privado os ora pacientes do irrecusável direito de verem-se assistidos por Advogado de sua livre escolha no que se refere à condução de suas respectivas defesas técnicas, pois, sem consultá-los, nomeou-lhes, diretamente, defensor dativo (Apenso 03, fls. 505).

Entendo, na linha de anteriores decisões que proferi no HC 88.085-MC/SP e no HC 91.284/SP, que esse específico fundamento em que se apoia esta impetração reveste-se de inquestionável relevância, pois concerne ao exercício de uma das prerrogativas essenciais que a Constituição da República assegura a qualquer réu, notadamente em sede processual penal, consistente no direito de o acusado escolher, com liberdade, o seu próprio defensor.

É por essa razão que tenho sempre salientado, a propósito da essencialidade dessa prerrogativa constitucional, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tema, sensível às lições de eminentes autores (FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, “Processo Penal – O Direito de Defesa”, 1986, Forense; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, “Acusação, Defesa e Julgamento”, 2001, Millennium; ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Novas Tendências do Direito Processual”,

HC 91284 / SP

1990, Forense Universitária; ANTONIO SCARANCE FERNANDES, **“Processo Penal Constitucional”**, 3ª ed., 2003, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, **“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”**, 2ª ed., 2004, RT; VICENTE GRECO FILHO, **“Tutela Constitucional das Liberdades”**, 1989, Saraiva; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, **“Direito Processual Penal”**, vol. 1, 1974, Coimbra Editora; ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, **“Garantias Processuais nos Recursos Criminais”**, 2002, Atlas, v.g.), vem assinalando, com particular ênfase, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, não importando, para efeito de concretização dessa garantia fundamental, a natureza do procedimento estatal instaurado contra aquele que sofre a ação persecutória do Estado.

Isso significa, portanto – não constituindo demasia reiterar, no ponto, o que tenho consignado em minhas decisões nesta Suprema Corte (RTJ 183/371-372, p. ex.) –, que, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão (e, com maior razão, em matéria de privação da liberdade individual), o Estado não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado constitucional da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público – de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais – exige a fiel observância da garantia básica do devido processo legal (CF, art. 5º, LV), consoante adverte autorizado magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, **“Comentários à Constituição Brasileira de 1988”**, vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, **“Comentários à Constituição Brasileira”**, vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, **“O Direito à Defesa na Constituição de 1988”**, p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, **“O Direito à Defesa na Constituição”**, p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, **“Comentários à Constituição do Brasil”**, vol. 2/268-269, 1989, Saraiva, v.g.).

HC 91284 / SP

Com efeito, o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte tem proclamado ser direito daquele que sofre persecução penal a prerrogativa de escolher o seu próprio defensor (RTJ 117/91, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – RTJ 150/498-499, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.), consoante se verifica de decisões que restaram consubstanciadas em acórdãos assim ementados:

“(...) O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da ‘persecutio criminis’, específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição.

Cumpra ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro Advogado. Antes de realizada essa intimação – ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado – não é lícito ao juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu.

(RTJ 142/477, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

*“A designação de defensor dativo para atuação imediata, excepcionada a hipótese alusiva ao julgamento perante o Tribunal do Júri, somente é possível para evitar seja adiada a prática do ato – alcance dos artigos 261, 263, 265, parágrafo único, e 449, parágrafo único, do Código de Processo Penal. **Precedente:** ‘Habeas Corpus’ n. 63.531-RJ, relatado pelo Ministro Eloy da Rocha perante a Terceira Turma, cujo acórdão foi veiculado na Revista Trimestral de Jurisprudência n. 48/797.”*

(RTJ 160/941, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

“(...) A jurisprudência desse Pretório tem entendimento firmado no sentido de que o réu deve ser cientificado da renúncia do mandato pelo advogado, para que constitua outro, sob pena de nulidade por cerceamento de defesa.

‘Habeas corpus’ deferido.

(HC 75.962/RJ, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – grifei)

HC 91284 / SP

Na realidade, e tendo presente o contexto processual ora em exame, cabe assinalar que havia, na causa penal em referência, defensor regularmente constituído nos autos pelos pacientes. Impunha-se, desse modo, ao magistrado processante, ordenar a prévia intimação dos pacientes em questão, para que estes, querendo, constituíssem um novo Advogado.

Tal, porém, não ocorreu, eis que o juiz da causa penal, deixando de adotar a medida processual em referência, culminou por nomear, desde logo, defensor dativo aos ora pacientes.

Em assim agindo, o juiz restringiu a liberdade de defesa dos acusados, pois negou-lhes, *com tal comportamento processual*, o exercício pleno do direito de eleger o seu próprio defensor.

Não se pode desconhecer, neste ponto, na linha da jurisprudência dos Tribunais, que “A liberdade de eleição do advogado é um dos corolários lógicos da amplitude de defesa assegurada na Constituição Federal. O acionado tem direito não apenas a que lhe seja formalmente assegurada a defesa, mas, ainda, que ele, caso possa, a confie a profissional de sua livre escolha” (RT 580/371 – grifei).

Impende registrar, por oportuno, segundo o entendimento ora exposto na presente decisão, as lições de eminentes autores (JULIO FABBRINI MIRABETE, “Processo Penal”, item n. 9.4.6, p. 335, 4ª ed., 1995, Atlas; FERNANDO CAPEZ, “Curso de Processo Penal”, p. 182, item n. 14.13., 13ª ed., 2006, Saraiva; MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, “Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisdicional”, coordenação: ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, vol. 3/134-135, 2ª ed., 2004, RT), valendo referir, por extremamente pertinentes, as observações expostas por DENÍLSON FEITOZA (“Direito Processual

HC 91284 / SP

Penal – Teoria, Crítica e Práxis”, p. 682/683, item n. 14.6, 6ª ed., 2009, Impetus):

“(…) A celeridade processual não pode ser pretexto para se afrontarem, abusivamente, direitos fundamentais dos réus, transformando o direito de defesa em mera abstração. Como se verifica facilmente no cotidiano forense, normalmente defensores ‘ad hoc’ e mesmo dativos ingressam em audiências de instrução incapazes de, efetivamente, defenderem seus clientes, por desconhecerem a causa. A defesa, assim torna-se um faz-de-conta. O juiz não é um inquisidor, mas, antes de tudo, um garante de direitos fundamentais.

*.....
O juiz não pode nomear defensor dativo ou ‘ad hoc’ de tal modo que viole o princípio constitucional da ampla defesa, pois o réu tem o direito de escolher o defensor que entende melhor para sua defesa técnica.*

Assim, a falta do defensor constituído, sobretudo quando justificada, não pode ensejar automaticamente a nomeação de defensor ‘ad hoc’, ao contrário do previsto no art. 265, parágrafo único, do CPP, pois violaria norma constitucional.

Dependendo do caso concreto, a medida extrema da substituição permanente (defensor dativo) ou provisória (defensor ‘ad hoc’) do defensor constituído se justificaria, contudo, na proteção do princípio constitucional da ampla defesa. Por exemplo, seria o caso de um julgamento já anulado por duas vezes, por total inépcia do defensor constituído em defender o réu, mesmo diante da vontade expressa do réu em se opor à acusação.

Cotidianamente, ocorre a nomeação de defensor ‘ad hoc’ para oferecimento de contra-razões ou razões recursais, quando o defensor constituído não o faz, apesar de intimado para oferecê-las em recurso interposto pela acusação ou diretamente pelo réu. Entretanto, essas designações de defensor ‘ad hoc’ devem atentar para o fato de que este pode não estar preparado para realizar, efetivamente, a defesa, por exemplo em razão da complexidade do caso ou, mesmo, simplesmente, por não conhecer o caso, quando, então, o princípio da ampla defesa

HC 91284 / SP

poderá ser violado, se não lhe for concedido um prazo razoável para que prepare a defesa. Ademais, se a defesa é feita por defensor público, o juiz não pode, pura e simplesmente, designar defensor 'ad hoc', tendo em vista as prerrogativas constitucionais e legais dos defensores públicos, diante do que deverá officiar à Defensoria Pública, solicitando, se for o caso, a designação de outro." (grifei)

Cumpre destacar, finalmente, que a colenda Segunda Turma desta Corte, **ao julgar o HC 92.091/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **impetrado em favor de Toufik Kattan**, litisconsorte penal passivo dos ora pacientes, **desconstituiu – com base nas razões que venho de expor – o mesmo acórdão condenatório** objeto da presente impetração:

“‘HABEAS CORPUS’ – CERCEAMENTO DE DEFESA – DEFENSOR DATIVO NOMEADO – EXISTÊNCIA DE ADVOGADO REGULARMENTE CONSTITUÍDO NOS AUTOS – PACIENTE PRIVADO DO DIREITO DE SER DEFENDIDO POR DEFENSOR POR ELE PRÓPRIO CONSTITUÍDO – FALHA BUROCRÁTICA DO APARELHO JUDICIÁRIO – INJUSTARESTRIÇÃO À LIBERDADE DE ESCOLHA PESSOAL DO ADVOGADO E CONSEQUENTE LIMITAÇÃO INDEVIDA AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA – NULIDADE RECONHECIDA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO – DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PEDIDO DEFERIDO.

LIBERDADE DE ESCOLHA, PELO RÉU, DE SEU PRÓPRIO DEFENSOR

– O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da ‘persecutio criminis’, específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição.

Cumpre ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa

Supremo Tribunal Federal

HC 91284 / SP

penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro Advogado. Antes de realizada essa intimação – ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado – não é lícito ao juiz nomear defensor dativo (ou Defensor Público) sem expressa aquiescência do réu. Precedentes. (...)."

(HC 92.091/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, e pelas razões expostas, defiro o pedido de “habeas corpus”, para, em relação aos ora pacientes, desconstituir o acórdão condenatório (Apenso 03, fls. 613/656), invalidando, desde a fase das contrarrazões de apelação, inclusive (Apenso 03, fls. 477), o processo penal de conhecimento instaurado contra referidos pacientes (Ação Penal nº 0101038-59.1996.4.03.6181 – 2ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP).

Comunique-se, com urgência, encaminhando-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 53.890/SP), ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Apelação Criminal nº 0101038-59.1996.4.03.6181) e ao Juízo Federal da 2ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP (Ação Penal nº 0101038-59.1996.4.03.6181).

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 19 de dezembro de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator