

TESE 83

Proponente: Lucas Pampana Basoli

Área: Criminal

Súmula: A ausência de intimação pessoal do defensor público da expedição de carta precatória, bem como da data designada para realização da audiência no juízo deprecado, é causa de nulidade absoluta.

## **ASSUNTO**

Defensor Público - Intimação pessoal de todos os atos do processo – Prerrogativa funcional – Inaplicabilidade das Súmulas 155 do Supremo Tribunal Federal e 273 do Superior Tribunal de Justiça aos membros da Defensoria Pública, sob pena de nulidade absoluta do ato por violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

## **ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Criminal – artigo 5º, IX, da Lei Complementar Estadual 988 de 09 de janeiro de 2006.

## **FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA**

A intimação é ato de comunicação processual dirigida às partes ou a qualquer outra pessoa que deva, de alguma forma, intervir na relação processual, tratando-se, em verdade, de mecanismo processual que visa assegurar a plena consecução dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Confira-se, a propósito, o disposto nos artigos 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 (acrescentado pela Lei nº. 7.871/89) e artigo 370, § 4º, do Código de Processo Penal:

*Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.*

***§ 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.***

*Art. 370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior.*

***§ 4º A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal.***

Nessa toada, constitui prerrogativa do Defensor Público ser pessoalmente intimado de todos os atos do processo, não lhe sendo aplicável o disposto nas Súmulas 155 do STF e 273 do STJ, que assim dispõe, respectivamente:

***"É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de carta precatória para inquirição de testemunha"***

***"Intimada a defesa da expedição de carta precatória, torna-se desnecessária a intimação da data de audiência no juízo deprecado".***

A lamentável prática forense, principalmente nos Tribunais de Justiça dos Estados, é no sentido de ser desnecessária a intimação pessoal dos membros da Defensoria Pública, especialmente em relação à data designada para a realização da audiência no juízo deprecado, procedendo-se, quando muito, a cientificação do Defensor Público da expedição da carta precatória, posição com a qual não devemos concordar.

Nessa senda, o Defensor Público, por atuar em elevado número de feitos, não possui condições materiais e humanas de acompanhar pessoalmente o agendamento de audiências designadas por meio de carta precatória, decorrendo daí a necessidade de intimação pessoal, que muito longe de ser uma regalia, constitui verdadeira prerrogativa funcional inerente ao cargo que ocupa, e existe para garantir a efetivação da *ampla defesa* do assistido e a *paridade de armas* em relação ao Ministério Público, institutos de estatura constitucional.

O mestre Tourinho Filho, com a propriedade que lhe é peculiar, já havia anotado a deficiência do tratamento processual costumeiramente empregado nas unidades jurisdicionais do país quando da expedição de cartas precatórias:

*"Quando se expede carta precatória, o Juiz deprecante tem-se limitado a intimar a Defesa da expedição. Segundo entendimento jurisprudencial deverá esta diligenciar, junto ao juízo deprecado, para dele saber dia e hora para a realização do ato. Data venia, trata-se de entendimento injusto e arbitrário, porquanto obriga o Advogado, muitas vezes com dificuldade e prejuízo para suas outras atividades, a pesquisar onde e quando a testemunha vai depor. E afronta, outrossim, a ampla defesa. O Advogado não é obrigado a dirigir-se à Comarca deprecada e procurar ver, primeiramente no distribuidor, se a carta precatória chegou e, em caso positivo, a que Vara foi distribuída, para, a seguir, dirigir-se ao juízo competente e indagar sobre o dia e hora para a realização da audiência. E se a precatória ainda não houver chegado? E se, não obstante tenha chegado, os autos estiverem com o Juiz para a designação da audiência? Em ambas as hipóteses, ou o Advogado permanece na Comarca, indo diariamente ao Cartório para ter notícias, em verdadeira vigília, ou volta à sua cidade para mais tarde retomar à Comarca deprecada. O absurdo é manifesto. O zelo do Advogado não pode chegar às raias desses absurdos. Poder-se-á dizer que o mesmo ocorre com os Promotores. Não é verdade. Quando o juízo deprecado designa data para ouvida de testemunhas, de imediato faz, por ofício, comunicação ao juízo deprecante, e*

normalmente o Promotor toma conhecimento. Se houver alguma complexidade no processo, o órgão da Acusação pode comunicar-se com o seu colega do juízo deprecado e sugerir reperguntas ou mesmo contradita... O Defensor, por seu turno, não tem ciência da data da audiência; nem sequer tem condições de se comunicar com um colega... Dir-se-á que, em se tratando de Defensor dativo, a intimação deve ser pessoal e isso poderia causar embaraço à administração da Justiça. Pondere-se que o Defensor dativo não tem nenhum interesse em se deslocar a Comarcas distantes para assistir a depoimentos... Mesmo não fosse assim, que embaraço haveria à administração da Justiça determinar a intimação do dativo por mandado? Por acaso, o prazo para as denúncias são sempre observados? As sentenças são prolatadas sempre naquele prazo de dez dias de que trata o art. 800, I, do CPP? A Procuradoria de Justiça emite seus pareceres dentro naqueles prazos referidos nos arts. 610 e 612, II, ambos do CPP? E os acórdãos? Desse modo, datissima maxima venia, o argumento de que a intimação da Defesa causaria transtorno à administração da Justiça não pode vingar. Ademais, que sacrifício faria o juízo deprecado em noticiar a data e hora da audiência, seja com a publicação no jornal, seja por qualquer dos meios indicados pelo § 2º do art. 370? Mais fácil ainda: tão logo o juízo deprecante receba o ofício do deprecado comunicando-lhe data e hora da audiência (o que normalmente acontece), que sacrifício haveria em providenciar a publicação do despacho: "J. Int."? Os Promotores encontram-se sempre em seu gabinete, não havendo dificuldade para a sua intimação; quanto aos Defensores dativos, todos eles residem na Comarca... qual, então, a dificuldade em intimá-los? Sem embargo, o STJ, na Súmula 273, estabeleceu: "Intimada a defesa da expedição da carta precatória, desnecessária toma-se a intimação da data da audiência no juízo deprecado". Tudo uma questão de bom senso. A intimação a que se refere o art. 222 do CPP objetiva dar ciência às partes de que a precatória foi expedida. Haverá necessidade de outra intimação: a pertinente à designação de dia e hora para o seu cumprimento. É verdade que não comparecendo o Advogado constituído pelo réu no juízo deprecado, nomeia-se advogado ad hoc. O réu tem o direito de ser defendido pelo Advogado que escolheu. Este é que tem, ou deve ter, uma noção bem clara das reperguntas que irão interessar à defesa do seu cliente; ele é que sabe se deve ou não contraditar a testemunha... Não é justo, pois, omitir-se a sua intimação. Mesmo que se trate de Advogado dativo, a intimação é de rigor, sob pena de se ferir o princípio constitucional da ampla defesa." (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 576/578).

Nesse passo, a prerrogativa atinente à intimação pessoal cuida-se de garantia legal que visa assegurar a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como estabelecer a paridade de armas entre membros de instituições igualmente essenciais à justiça, inexistindo

razões críveis para se conceber que o membro do Ministério Público seja intimado em detrimento do Defensor Público.

Assim, ainda que indiretamente, a violação de tal prerrogativa ofende princípios constitucionais, dando causa à nulidade absoluta do feito.

Sobre o tema, em precedente de autoria do Des. Amilton Bueno de Carvalho (TJRS), entendeu-se que se faz necessária a intimação do réu e de seu defensor tanto da expedição da carta precatória quanto da data designada pelo juízo deprecado para a realização do ato. Tudo com vistas a proteger o direito à ampla defesa, já que a presença do réu na coleta da prova é de suma importância – de regra, a defesa técnica não tem o domínio da situação fática imputada ao réu –, além do que não é razoável exigir do acusado e de seu defensor verdadeira investigação acerca da data designada pelo juízo deprecado para a realização das audiências.

Confira-se a manifestação do preclaro Desembargador:

*"Na honrosa companhia do Procurador parecerista, Dr. Lenio Luiz Streck, estou a acolher a preliminar defensiva de nulidade do processo, ante a não-intimação do réu quer da expedição das cartas precatórias, quer da data designada para a realização das audiências de inquirição das vítimas no juízo deprecado.*

*Início destacando a precisa abordagem de Lenio, a qual transcrevo como razões de decidir:*

*"Tenho que razão assiste à defesa quando pugna pelo reconhecimento da nulidade do processo por ausência de intimação do acusado da expedição da precatória para a oitiva das vítimas dos delitos de furto.*

*Com efeito, a garantia constitucional do contraditório impõe que seja conferida ao acusado a possibilidade de participação na formação da prova, não lhe podendo ser sonegado tal direito. Nesse sentido a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho:*

*"inequívoca a grave violação do contraditório, pois a ampla defesa, assegurada pela Constituição, exige não somente que os atos instrutórios sejam praticados na presença e com a participação do defensor técnico, mas também que seja assegurado ao acusado o direito de participar pessoalmente dos mesmos; aliás, é ele, acusado, quem presumivelmente teve contacto direto com os fatos e possui melhores condições para fornecer ao advogado as informações necessárias para a definição da linha de perguntas e reperguntas à testemunha; se está custodiado, não pode ter esse direito cerceado e a irregularidade, no caso, diz respeito à infringência de normas constitucionais (garantias da ampla defesa e do contraditório) e a disposição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8, 2, letra f), que assegura o direito de inquirir as testemunhas, devendo dar lugar ao reconhecimento da nulidade absoluta."*

*Ademais, a Lei Processual Penal determina que sejam intimadas as partes (o que, por certo, incluiu o acusado, o qual figura no polo passivo do processo, além de sua defesa técnica). Não basta a simples intimação da defesa pública, em especial porque, via de regra, o acusado somente tem com ela contanto no momento das audiências.*

*Não quero com isso dizer que toda a vez que o acusado não comparecer à audiência haverá nulidade. No caso, tivesse o acusado (como foi sua defesa) sido intimado da expedição da precatória a possibilidade de realização do contraditório estaria satisfeita. Porém, isso não aconteceu no caso dos autos.*

*Diante disso, vislumbrando a ocorrência de agressão à garantia constitucional do acusado, não tenho outra alternativa senão a decretação da nulidade do processo, a partir da expedição das referidas precatórias.”*

*(...)*

*Não sem razão as observações de Lenio, pois quer me parecer que o comando constitucional da ampla defesa está a exigir a intimação do réu e da sua defesa, não só da expedição da carta precatória, como também da data e hora da realização da audiência no juízo deprecado.*

*O bom senso já diz que o acusado que não é revel deveria ter o direito de ser cientificado para acompanhar todos os atos processuais, pois é ele quem terá de amargar o cumprimento de uma condenação, caso seja julgada procedente a pretensão acusatória. Como permitir que o réu seja levado ao cárcere através de um processo que lhe foi ocultado, mesmo em parte? A prática demonstra que uma única audiência já é o suficiente para reverter o resultado final de um julgamento. Como admitir a não intimação do acusado para tal ato?*

*Não fosse pela boa lógica, a própria legislação processual assim deixa claro ao prever, em seu artigo 367, que o processo só seguirá sem o acusado se, uma vez intimado, deixar de comparecer ao ato processual sem plausível justificativa, o que está a impor, contrario sensu, que em assim não sendo só pode o processo correr com a sua participação, inclusive no tocante a coleta de depoimentos por precatória. Veja-se, por oportuna, a lição de Ada Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho:*

*“Quando a testemunha deva ser ouvida por precatória, a regularidade de sua inquirição está condicionada à anterior e regular intimação **do réu** e defensor a respeito da expedição da carta (art. 222 do CPP). Apesar de não ser exigência legal, melhor atende ao direito de defesa que o réu e defensor sejam cientificados sobre a data designada para a audiência na Comarca deprecada” [grifei] (GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 189).*

*Não se argumente estar travando o processo por puro formalismo. Esta Câmara tem afirmado, em julgamentos anteriores, que ao lado da defesa técnica, exercida por profissional habilitado, concorre a chamada autodefesa, pois que somente o acusado tem o domínio da situação de fato, sendo vazia qualquer defesa exercida com base exclusivamente em pormenores da técnica jurídica. Somente o réu pode indicar ao seu defensor eventual interesse espúrio por parte de uma testemunha; somente o réu pode alertar seu defensor, que de regra não esteve presente na cena do crime, a respeito da falsidade ou incorreção das informações prestadas por alguma testemunha; por fim, dificilmente poderá o defensor, sem a ajuda do acusado, fazer reperguntas com a desejada pertinência.*

*Penso não ser de bom grado fazer concessões em matéria de garantias processuais, ainda mais no âmbito do processo penal, onde está em jogo a liberdade de um cidadão. Talvez pior do que condenar alguém ao cumprimento de penas cruéis ou desumanas é condená-la sem lhe dar chances de defesa. Aliás, gize-se bem, a única razão de ser da não aplicação de sanções diretas e impensadas – arbitrárias – é a necessidade de possibilitar ao réu a sua defesa. Processo sem defesa pode ser tudo, menos processo. Ou teatro, na rigorosa avaliação de Kafka, em O Processo.*

*Daí por que, ao entender violado o direito de defesa em sua forma mais ampla, acolho a preliminar defensiva e anulo o processo nº 001/2.05.0014028-7 a partir da expedição da carta precatória de inquirição da vítima Josiane Borges (fl. 83), devendo ser reaberta a instrução a partir de então, observando-se a necessidade de intimação do réu e de sua defesa tanto da expedição da carta precatória como da data designada pelo juízo deprecado para a realização da audiência.”*

**(Apelação-Crime nº 70013749619, 5ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. em 22/02/20**

Assim sendo, sob pena de nulidade absoluta, em observância à prerrogativa da intimação pessoal, deve o Defensor Público ser pessoalmente intimado tanto da expedição da carta precatória, quanto da data marcada pelo Juízo deprecado para a realização do ato, não lhe aplicável o disposto nas Súmulas 155, do STF e 273, do STJ.

## **FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA**

Consoante o exposto, a lamentável prática forense, principalmente nos Tribunais de Justiça dos Estados, é no sentido de ser desnecessária a intimação pessoal dos membros da Defensoria Pública, especialmente em relação à data designada para a realização da audiência no juízo deprecado, procedendo-se, quando muito, a cientificação do Defensor Público da expedição da carta precatória, posição com a qual não devemos concordar.

Nessa senda, o Defensor Público, por atuar em elevado número de feitos, não possui condições materiais e humanas de acompanhar pessoalmente o agendamento de audiências designadas por meio de carta precatória, decorrendo daí a necessidade de intimação pessoal, que muito longe de ser uma regalia, constitui verdadeira prerrogativa funcional inerente ao cargo que ocupa, e existe para garantir a efetivação da *ampla defesa* do assistido e a *paridade de armas* em relação ao Ministério Público, institutos de estatura constitucional.

Uma vez intimado da realização do ato no juízo deprecado, o Defensor Público poderá intervir de modo a garantir a plena defesa do assistido, sendo capaz, a depender do caso, de deslocar-se até a Comarca em que o ato será realizado para dele participar; ou então, nas Comarcas providas de Defensoria Pública, comunicar-se com maior segurança com o colega que realizará o ato; e ainda, em Comarcas distantes e desprovidas de Defensoria Pública, comunicar-se com a Ordem dos Advogados do Brasil da localidade visando à promoção de diálogo direto com o profissional que irá atuar no feito - sem prejuízo de instruir a precatória com os pontos e questões sensíveis à defesa -, evitando-se, assim, que profissionais sejam nomeados às pressas (advogados *ad hoc*) e promovam atuações despiciendas em casos complexos.

### **SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO**

Inexistindo intimação acerca da realização do ato no juízo deprecado, apontar a existência de nulidade em sede de alegações finais (orais ou escritas). Não sendo acolhida pela primeira instância, recorrer ao Tribunal de Justiça. Negado o recurso, recorrer aos Tribunais Superiores.

Uma vez intimado da realização do ato no juízo deprecado, o Defensor Público poderá intervir de modo a garantir a plena defesa do assistido, sendo capaz, a depender do caso, de deslocar-se até a Comarca em que o ato será realizado para dele participar; ou então, nas Comarcas providas de Defensoria Pública, comunicar-se com maior segurança com o colega que realizará o ato; e ainda, em Comarcas distantes e desprovidas de Defensoria Pública, comunicar-se com a Ordem dos Advogados do Brasil da localidade visando à promoção de diálogo direto com o profissional que irá atuar no feito - sem prejuízo de instruir a precatória com os pontos e questões sensíveis à defesa -, evitando-se, assim, que profissionais sejam nomeados às pressas (advogados *ad hoc*) e promovam atuações despiciendas em casos complexos.