

HABEAS CORPUS Nº 542.651 - RS (2019/0324478-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : **DIORGE DIANDER DA CUNHA ROCHA**
ADVOGADO : **FELIPE GONÇALVES GEITENS - RS105467**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PACIENTE : **TIAGO ALVES REITZ (PRESO)**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de TIAGO ALVES REITZ, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que julgou prejudicado o apelo defensivo e, em preliminar de ofício, declarou a nulidade da sentença a partir da audiência de instrução e julgamento:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO TENTADO, RECEPÇÃO DOLOSA E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR, EM CONCURSO MATERIAL.

1. Em questão prejudicial de ofício, impende decretar a nulidade do processo-crime sob exame a partir da audiência de instrução em que inquirida a vítima, inclusive, pois os réus estavam sob a tutela do Estado mediante prisão preventiva no processo, não tendo sido conduzidos pela SUSEPE àquela solenidade, na qual produzido o depoimento depois utilizado, na sentença recorrida, como base estruturante do seu veredicto condenatório.

2. No ponto, impende consignar que, na hipótese de recusa de vítima e/ou testemunha prestar depoimento sem a presença do réu (preso ou em liberdade), tem-se a concorrência de duas garantias fundamentais simultâneas que não se excluem e cuja execução deve ser proporcionalizada sem violações de qualquer espécie ou natureza.

De um lado, há a referida garantia fundamental da autodefesa pessoal do réu no devido processo penal da ampla defesa e do contraditório. De outro, há a garantia fundamental da vítima e da testemunha terem preservadas a sua dignidade, os seus direitos da personalidade, a sua intimidade e os seus medos internos de depor na frente do indivíduo que, em tese, nos termos da denúncia oferecida, infligiu à vítima um mal injusto.

Nesta toada, o direito subjetivo da vítima e/ou testemunha à preservação da sua dignidade/intimidade deve ser garantido na forma da lei (art. 217 do CPP), mas não pode elidir nem o interesse público que o processo criminal desata - portanto, ele, o processo penal, não pode ficar ao exclusivo alvedrio da vontade subjetiva do juiz ou das partes, inclusive e muito especialmente porque a prova taxativa é produzida para o duplo grau de jurisdição, e não só para a formação

do livre convencimento fundamentado do juiz natural da causa -, tampouco o direito de autodefesa pessoal do réu poderá ser preterido, pois ele deverá ter o direito de entrevistar-se com o seu Defensor, orientá-lo e ser por ele orientado, seja ele Defensor Público, constituído, dativo ou *ad-hoc*, a fim de manter íntegro o princípio da autodefesa.

Assim, da mesma forma que deve ser garantido à vítima ou testemunha o direito a não depor na frente do acusado, a este dever ser garantido o direito à autodefesa pessoal. No caso, o fato de a ré presa não ser conduzida, à revelia da sua vontade livre, à audiência em que a vítima serão inquiridas, viola a garantia constitucional dela, porque não é ela - a acusada -, mas sim o Estado-Leviatã majoritário quem está decidindo se ela estará presente, ou ausente, à audiência de instrução do processo-crime de conhecimento a que ela responde.

3. Tratando-se de violação às garantias constitucionais do réu no *due process of criminal law*, a nulidade absoluta dos atos instrutórios viciados pode ser conhecida e declarada a qualquer tempo e grau de jurisdição, afastando a aplicação da Súmula, verbete 160, do STF.

Destarte, réus presos e condenados com base em provas colhidas em solenidades de instrução para a qual, à revelia da sua vontade livre, eles não foram conduzidos e, portanto, não tiveram a oportunidade de exercer a sua defesa pessoal, está configurado o prejuízo concreto dos réus no processo, decorrente de violação às suas garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da autodefesa pessoal no devido processo legal aplicável à espécie, daí resultando a desconstituição da sentença condenatória recorrida e a declaração de nulidade absoluta do processo a partir da audiência de instrução da fl. 181, com a determinação de retorno dos autos ao Juízo *a quo*, para a renovação dos atos de instrução oral desconstituídos e a subsequente procedimentalização do feito na forma da lei, ficando prejudicados os apelos interpostos.

Manutenção da segregação cautelar dos réus, pois mantidos hígidos os seus requisitos determinantes.

PROCESSO DECLARADO NULO DE OFÍCIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA DESCONSTITUÍDA. DETERMINAÇÃO DE RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO A QUO, PARA NOVA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. APELOS PREJUDICADOS. POR MAIORIA.

O paciente foi condenado à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de receptação, roubo majorado tentado e adulteração de sinal identificador de veículo automotor, negado-lhe o direito de recorrer em liberdade.

O TJRS declarou a nulidade de ofício a partir da audiência de instrução e julgamento, mantida a prisão preventiva.

Neste *writ*, a defesa sustenta inidoneidade do decreto prisional, por

ausência dos requisitos do art. 312 do CPP e por excesso de prazo na formação da culpa. Destaca, ainda, ilegalidade na decretação da prisão preventiva de ofício.

A liminar foi indeferida e as informações prestadas.

Requer, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Na origem, processo n. 2.18.0012790-4, audiência de instrução e julgamento designada para o dia 4/12/2019, consoante informações disponíveis no *site* do Tribunal *a quo*, em pesquisa realizada em 27/11/2019.

É o relatório.

DECIDO.

De início, no que se refere ao excesso de prazo na formação da culpa, realça-se que referida matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, de modo que o debate diretamente por esta Corte superior incorreria em indevida supressão de instância.

Por outro lado, não há que se falar em ilegalidade na conversão do flagrante em prisão preventiva, de ofício, pelo juiz, durante a investigação criminal, uma vez que a orientação desta Corte Superior é no sentido de que o Juízo de 1º Grau, ao receber o auto de prisão em flagrante, verificando sua legalidade e inviabilidade de substituição por medida diversa, pode convertê-la em preventiva, ao reconhecer a existência dos requisitos preconizados nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, *ex vi* do art. 310, inciso II do CPP, independente de representação ou requerimento, ante o risco de liberdade até o início da instrução processual. Nesse sentido: RHC n. 47.149/RS - 5ª T. - unânime - Rel. Min. MOURA RIBEIRO - DJe 14/05/2014; HC n. 231.886/MG - 5ª T. - unânime - Rel. Min. LAURITA VAZ - DJe 19/9/2012; RHC n. 46.355/RS - 5ª T. - unânime - Rel. Min. MOURA RIBEIRO - DJe 15/4/2014; RHC n. 43.360 - 6ª T. - unânime - Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Desembargadora convocada do TJ/SE) - DJe 11/3/2014.

Posto isso, não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, reveste-se de legalidade a medida extrema quando baseada em elementos concretos, nos termos do art. 312 do CPP.

A custódia cautelar foi fundamentada nos seguintes termos:

[...] No caso concreto, o delito em comum imputado aos indiciados é de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo, o qual prevê a pena máxima de dez anos de reclusão, restando, portanto, preenchido o pressuposto contido no art. 313, I, do CPP (pena máxima cominada superior a quatro anos de prisão). Paralelamente, restou suficientemente demonstrada a

materialidade dos delitos em questão, o que se constata através do auto de prisão em flagrante, da ocorrência policial, do auto de apreensão e das declarações prestadas na Delegacia de Polícia. Os indícios da autoria, por sua vez, são suficientes, diante da situação de flagrância em que os indiciados foram surpreendidos, visto que **foram detidos pelos policiais militares durante tentativa de fuga do estabelecimento comercial no qual Anderson Prado e Tiago haviam adentrado e anunciado o assalto, não se consumando em razão da chegada da guarnição policial**. Ademais, a vítima reconheceu os flagrados Anderson Prado e Tiago como sendo os autores da tentativa de roubo, apontando **Tiago como sendo a pessoa que portava a arma de fogo apreendida no local**. Os policiais militares apontaram Anderson Santos como sendo o condutor do veículo em que os outros flagrados estavam tentando entrar na tentativa da fuga. Importante destacar que o **veículo utilizado pelos flagrados tem origem ilícita (automóvel roubo - fl. 51) e encontrava-se com placas frias**. No que tange aos requisitos de cautelaridade, tem-se que caracteriza **situação de considerável gravidade. Ora, o delito de roubo foi cometido, em tese, por três indivíduos, dois deles tendo entrado no estabelecimento comercial e anunciado o assalto, com emprego de arma de fogo, em horário noturno, utilizando-se de veículo roubado e adulterado para a fuga, o que demonstra a audácia dos flagrados. Tais fatores conjugados, sem dúvida alguma, caracterizam visível abalo à ordem pública**, restando viabilizada a segregação *¿ante tempus¿* como forma de prevenir novos delitos e garantir a própria credibilidade da justiça, mormente nesta comarca, onde delitos desta natureza ocorrem diariamente e na maioria das vezes não é possível a prisão em flagrante, nem mesmo apurar a autoria delitiva. Impõe-se ressaltar que, diante dos argumentos acima, não se mostra viável a decretação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão elencadas no novel art. 319 do CPP, considerando a gravidade do contexto fático em tela. Por conseguinte, revela-se impositiva a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva dos flagrados, nos termos dos arts. 282, I e II, e § 6º, 310, II, 312, caput, e 313, I, todos do CPP. Isso posto, converto a prisão em flagrante de ANDERSON RODRIGUES DO PRADO, TIAGO ALVES REITZ e ANDERSON HENTZ DOS SANTOS em prisão preventiva, com base na garantia de ordem pública, tudo nos termos dos arts. 282, I e II, e § 6º, 310, II, 312, caput, e 313, I, todos do Código de Processo Penal. [...]

Como se vê, a decisão apresenta fundamentação que deve ser entendida como válida para a prisão preventiva, consubstanciada na gravidade concreta da conduta e na periculosidade social do agente que teria, em concurso de três agentes e mediante grave ameaça perpetrada com emprego de arma de fogo, adentrado estabelecimento comercial, em horário noturno, e anunciado o assalto, ocasião em que os milicianos frustraram a ação. O paciente e seu comparsa ainda tentaram escapar utilizando um veículo anteriormente subtraído e com sinal adulterado, contudo, foram detidos antes de se evadirem.

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a constrição cautelar impõe-se pela gravidade concreta da prática criminosa, causadora de grande intranquilidade social, revelada no *modus operandi* do delito, e diante da acentuada periculosidade do acusado, evidenciada na propensão à prática delitiva e conduta violenta. Confira-se: HC n. 299762/PR – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – DJe 2/10/2014; HC n. 169996/PE – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – DJe 1º/7/2014; RHC n. 46707/PE – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 18/6/2014; RHC n. 44997/AL – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Marilza Maynard (Des. convocada do TJSE) – DJe 12/5/2014; RHC n. 45055/MG – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 31/3/2014.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça entende majoritariamente que a tentativa de fuga no momento da abordagem policial, após a prática criminosa, inclusive com resistência física, perseguição em alta velocidade, e troca de tiros com agentes policiais, são circunstâncias fáticas que justificam a prisão preventiva. Conforme os seguintes precedentes: RHC 71.563/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/8/2016, DJe 9/8/2016; HC 398.318/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/8/2017, DJe 29/8/2017; HC 403.269/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 1/12/2017; RHC 74.131/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017.

Desse modo, não se verifica a configuração de ilegalidade a ser sanada por esta Corte Superior.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro NEFI CORDEIRO
Relator