

HABEAS CORPUS Nº 548.584 - SP (2019/0356917-7)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTRO
ADVOGADOS : EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI - SP127964
PATRICK RAASCH CARDOSO - SP191770
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : ROBSON XAVIER GOMES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ROBSON XAVIER GOMES contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região proferido no HC n.º 5024209-59.2019.4.03.0000.

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado como incurso nos arts. 18 da Lei n.º 10.826/2003 e 334, *caput*, do Código Penal, por ter importado armas de fogo, acessórios e munições – oito armas, um cano de espingarda e 1.155 munições – em desacordo com determinação legal e regulamentar. O Paciente foi intimado por carta rogatória, pois residente e domiciliado nos Estados Unidos da América. Designada a audiência de instrução e julgamento, a Defesa constituída foi intimada, com a determinação de comparecimento do Acusado. O Paciente, todavia, não compareceu ao ato, nem sequer apresentou justificativa fundamentada, sendo decretada a sua revelia.

A ação penal foi julgada procedente para, ao final, condenar o Paciente à pena total de 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 18 (dezoito) dias-multa.

O recurso de apelação interposto pelo Sentenciado não foi conhecido, porque intempestivo.

Irresignada, a Defesa impetrou prévio *writ* perante o Tribunal estadual, cuja ordem foi denegada em acórdão assim ementado (fl. 31):

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. . ORDEM DENEGADA. HABEAS CORPUS.

1. O réu foi citado, pessoalmente, da instauração da ação penal e, por meio da defesa constituída, acompanhou sua tramitação, havendo elementos indicativos de que tomou conhecimento, inclusive, da data designada para a audiência em que se daria o interrogatório. Aplica-se o princípio pas de nullité sans grief, disposto no art. 563 do Código de

Processo Penal.

2. Cabe destacar que o réu fora citado por carta rogatória, de modo que tinha ciência da instauração e do desenvolvimento regular do processo contra si instaurado, tendo constituído defensor para o efeito. Prosseguindo a tramitação do feito, seu defensor foi cientificado, dado o fato de o paciente encontrar-se no exterior, de que teria o ônus de comparecer à audiência designada, malgrado sem intimação pessoal, de duvidosa viabilidade prática. Assim contextualizados os fatos, resulta natural que a própria defesa, em alegações finais, não arguiu nulidade nem dessa decisão nem da própria falta de intimação e, menos ainda, da decretação da revelia, com as consequências processuais que daí advém. É difícil afastar a hipótese da abrangência do disposto no art. 751, II, do Código de Processo Penal, segundo o qual as nulidades as nulidades deverão ser arguidas, a saber, as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular, nos prazos a que se refere o art. 500 (cfr. atualmente arts. 400 a 402 do CPP). Também não se pode descartar algum influxo do art. 545 do Código de Processo Penal, que coíbe a nulidade para a qual a própria parte interessada tenha concorrido: nada sugere que o paciente, por si mesmo e pessoalmente, tenha se interessado por sua defesa. Tudo indica ter abandonado o processo-crime à sua própria sorte, confiando ao defensor o integral ônus para sua defesa.

3. Ordem denegada."

Alega-se, na presente impetração, em suma, que "o paciente ROBSON XAVIER GOMES foi pessoalmente citado nos Estados Unidos da América (cf. fls. 140/164 e 168/171), respondeu à acusação (cf. fls. 172/196) e não foi intimado pessoalmente para estar presente na audiência de instrução, debates e julgamento, por determinação da Douta Autoridade Coatora, apesar de possuir endereço conhecido nos autos" (fl. 9).

Aduz-se que, mesmo que tenha constituído advogado, o Paciente deveria ter sido intimado pessoalmente para todos os atos judiciais, mormente quando citado pessoalmente para responder à acusação.

Argumenta-se que impõe, no caso, a declaração de nulidade processual a partir da designação da data da audiência de instrução.

Requer-se, liminarmente e no mérito, seja declarada a nulidade do processo.

É o relatório.

Decido o pedido urgente.

Extraio do voto condutor do acórdão impugnado o seguinte trecho (fls. 29-30; sem grifos no original):

"O recurso de apelação interposto pela defesa não foi conhecido, por ser intempestivo. A condenação transitou em julgado e o Juízo de 1º grau determinou a expedição de mandado de prisão (p. 18-20, Id n. 90494964).

Da documentação carreada aos autos, tem-se que, quando instaurada a ação penal, o paciente foi citado pessoalmente por meio de carta rogatória, visto residir nos Estados Unidos da América, e apresentou resposta à acusação (p. 27-55, Id n. 90494958).

Designada audiência de interrogatório, determinou o Juízo de 1º grau a intimação da defesa constituída do acusado, o qual deveria comparecer independentemente de intimação (p. 56, Id n. 90494958).

***Realizada a audiência em 04.04.17, compareceu o advogado constituído pelo réu. Porém, foi decretada a revelia em razão da ausência do réu.** Nessa data, a defesa protocolou petição por meio da qual requereu a juntada de declaração firmada pelo réu e outros documentos, bem como esclareceu 'que o acusado deixou de comparecer à audiência realizada nesta data em virtude de estar impossibilitado de se deslocar para este país' (p. 57-59, Id n. 90494958).*

***Encerrada a instrução processual e apresentados memoriais, foi proferida sentença condenatória, da qual o réu foi intimado por edital** (p. 4-5, Id n. 90494964).*

A matéria suscitada em envolve certa complexidade, na habeas corpus medida em que a verificação de eventual nulidade processual demanda o conhecimento e análise de todo curso da ação penal, não se mostrando o o meio adequado para writ cognição exauriente e desconstituição da coisa julgada.

*Observo que o réu foi citado, pessoalmente, da instauração da ação penal e, **por meio da defesa constituída, acompanhou sua tramitação, havendo elementos indicativos de que tomou conhecimento, inclusive, da data designada para a audiência em que se daria o interrogatório.** À míngua de prejuízo, aplica-se o princípio pas de nullité sans grief, disposto no art. 563 do Código de Processo Penal.*

*Cabe destacar que o réu fora citado por carta rogatória, de modo que tinha ciência da instauração e do desenvolvimento regular do processo contra si instaurado, tendo constituído defensor para o efeito. Prosseguindo a tramitação do feito, seu defensor foi cientificado, dado o fato de o paciente encontrar-se no exterior, de que teria o ônus de comparecer à audiência designada, malgrado sem intimação pessoal, de duvidosa viabilidade prática. Assim contextualizados os fatos, resulta natural que **a própria defesa, em alegações finais, não arguiu nulidade nem dessa decisão nem da própria falta de intimação e, menos ainda,***

da decretação da revelia, com as consequências processuais que daí advém. É difícil afastar a hipótese da abrangência do disposto no art. 751, II, do Código de Processo Penal, segundo o qual **as nulidades as nulidades deverão ser arguidas, a saber, as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular, nos prazos a que se refere o art. 500** (cfr. atualmente arts. 400 a 402 do CPP). Também não se pode descartar algum influxo do art. 545 do Código de Processo Penal, que coíbe a nulidade para a qual a própria parte interessada tenha concorrido: **nada sugere que o paciente, por si mesmo e pessoalmente, tenha se interessado por sua defesa. Tudo indica ter abandonado o processo-crime à sua própria sorte, confiando ao defensor o integral ônus para sua defesa.**"

Sabe-se que o reconhecimento de vício que enseja a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo à Defesa, o que, segundo o Tribunal estadual, não ocorreu no caso. A Parte Impetrante não expressou nenhum prejuízo no ponto – ônus que lhe competia. Isso porque o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades (*pas de nullité sans grief*).

Dispõe o referido dispositivo:

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

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CRIME PRATICADO EM RODOVIA FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...].

NULIDADE. OITIVA DE TESTEMUNHAS. CARTA PRECATÓRIA. PACIENTE PRESO. AUSÊNCIA DE REQUISIÇÃO PARA COMPARECER EM AUDIÊNCIA. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO RESPEITADOS. EIVA RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não obstante o réu tenha direito à presença física na audiência de oitiva de testemunhas, mesmo que por carta precatória, bem como, estando preso, de ser requisitado, é inviável acolher-se nulidade do ato procedido na sua ausência se a defesa não logrou demonstrar que, como realizado, acarretou-lhe prejuízo e evidente constrangimento ilegal, nos termos do art. 563 do CPP, pois aludido procedimento, por si só, não ofende os princípios do contraditório e da

ampla defesa.

2. *Ordem denegada.*" (HC 149.642/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA. DJe de 03/11/2010.)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. FALTA DE REQUISIÇÃO DE RÉU PRESO. TESTEMUNHAS QUE SOLICITARAM PARA SER OUVIDAS SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. A presença de réu preso em audiência de inquirição de testemunhas, embora recomendável, não é indispensável para a validade do ato, consubstanciando-se em nulidade relativa, cujo reconhecimento exige a efetiva demonstração de prejuízo à Defesa, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

2. Hipótese em que, embora o Paciente não tivesse sido requisitado para o ato, o Juízo entendeu que poderia realizar a inquirição, já que as próprias testemunhas (informantes) manifestaram o desejo de não depor na presença do acusado, providência, aliás, autorizada pelo art. 217 do Código de Processo Penal, o que descaracteriza qualquer nulidade, já que o Defensor se fez presente na sala de audiência.

3. *Ordem denegada.*" (HC 102.269/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA. DJe de 20/09/2010.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO. FALTA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE OUVIDA DE TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVE DO QUE O LEGALMENTE PREVISTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A teor da jurisprudência desta Corte, a realização de ato da instrução criminal sem a presença do réu não é causa de nulidade absoluta, já que seu comparecimento, conquanto conveniente, não é indispensável, devendo eventual nulidade relativa ser argüida pela parte em momento oportuno, sob pena de preclusão.

2. Para a incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, faz-se necessário que a arma de fogo seja apreendida e periciada.

3. Tratando-se de réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada.

4. *Habeas corpus parcialmente concedido.*" (HC 106.704/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA. DJe de 02/03/2009.)

"HABEAS CORPUS. PRESENÇA DO RÉU ÀS AUDIÊNCIA.

AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PROVA DA AUTORIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA IDONEAMENTE FUNDAMENTADA. ANÁLISE INVIÁVEL NA VIA ELEITA. FRAGILIDADE DA DEFESA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Não demonstrada a necessidade concreta de presença do réu às audiências de instrução, que, em sua maior parte, foram realizadas por meio de carta precatória – ocorridas há, aproximadamente, 7 anos, sem que houvesse nenhuma manifestação sobre a suposta nulidade, estando em todas elas assistido pela defesa técnica – não há constrangimento ilegal a ser sanado.

2. 'A presença de réu preso em audiência de inquirição de testemunhas, embora recomendável, não é indispensável para a validade do ato, consubstanciando-se em nulidade relativa. Faz-se, pois, necessária, a efetiva demonstração de prejuízo à defesa, principalmente se o ato processual se realiza em local diverso do da segregação do acusado' (HC 51.263/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 29/10/07).

3. Havendo fundamentação idônea na sentença condenatória, com base na análise dos autos, para imputar ao réu a prática do delito, não é viável, em sede de habeas corpus, a análise aprofundada do contexto fático-probatório para afastar essa afirmação.

4. Desempenhada satisfatoriamente a defesa do paciente, não há falar em fragilidade da defesa por não terem sido feitas reperguntas às testemunhas.

5. Ordem denegada." (HC 92.077/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA. DJ de 04/08/2008.)

Mais, verifico dos autos que o Defensor constituído encontrava-se presente na audiência de instrução e julgamento, o que corrobora a presunção de que a audiência realizada não é eivada de vício que enseja a anulação do ato. Além de ter sido consignado no acórdão impugnado que a ausência do Réu à audiência não foi questionada pela Defesa quando da realização do ato, impondo-se, portanto, o reconhecimento da preclusão da referida alegação.

Com igual conclusão, desta Corte:

"[...]

HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. PEDIDO DE ADIAMENTO. MOTIVO NÃO COMPROVADO. ADVOGADA CONSTITUÍDA AUSENTE. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA SUPOSTA MÁCULA EM MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO INEXISTENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Os defensores encarregados de exercer a defesa do paciente

em juízo, mesmo após terem participado das demais audiências realizadas, bem como apresentado alegações finais, quedaram-se silentes acerca da irregularidade ora apontada, deixando transcorrer período de aproximadamente 13 (treze) anos para, só então, apontá-la, tencionando a anulação do ato, bem como de todos os posteriores, conduta que afronta a segurança jurídica da qual são revestidas as decisões judiciais irrecorríveis.

2. Para a declaração da nulidade de determinado ato processual, não basta a mera alegação da ausência de alguma formalidade na sua execução, sendo imperiosa a demonstração do eventual prejuízo concreto suportado pela parte na sua omissão, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, conforme dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

3. No caso dos autos, ausente a comprovação do prejuízo suportado pelo paciente em razão da conduta do profissional nomeado para exercer a sua defesa na audiência de inquirição das testemunhas, e tendo a advogada por ele contratada estado presente nos demais atos processuais e apresentado alegações finais, mostra-se inviável o reconhecimento da nulidade apontada.

4. Habeas corpus não conhecido." (HC 221.690/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 01/03/2013.)

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. CONDENAÇÃO. NULIDADES. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. 1. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. TESTEMUNHAS DE DEFESA NÃO ARROLADAS. PRESENÇA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 2. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO PARA SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE ADVOGADO, APÓS A DEFESA PRÉVIA. INTIMAÇÃO ATRAVÉS DO DIÁRIO OFICIAL. OCORRÊNCIA. 3. ORDEM DENEGADA.

1. Inexiste nulidade por ausência pessoal do réu na audiência de instrução e julgamento destinada a oitiva de testemunhas se a defesa não apresentou, em momento oportuno, ou mesmo após, o rol de testemunhas, estando presente à assentada o advogado constituído pelo paciente.

2. Em tema de nulidades o nosso sistema processual penal adota o princípio pas de nullité san grief, no qual somente se declara a nulidade de um ato processual quando houver a efetiva demonstração de prejuízo à parte.

3. A intimação pessoal é prerrogativa legal conferida aos advogados dativos e Defensores Públicos (artigos 5º, § 5º, da Lei n.º

Superior Tribunal de Justiça

1.060/1950 e 370, § 4º, do CPP), não assim aos advogados constituídos e que foram intimados, via imprensa oficial, para a sessão de julgamento do recurso.

4. Habeas corpus *denegado*." (HC 111.750/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/02/2012.)

Concluo, assim, que o caso em análise não se enquadra nas hipóteses excepcionais passíveis de deferimento do pedido em caráter de urgência, por não veicular situação configuradora de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade sanável no presente juízo perfunctório, devendo a controvérsia ser decidida após a tramitação completa do feito.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Requisitem-se informações pormenorizadas ao Juízo singular e ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, especialmente sobre a situação prisional do Paciente, a serem instruídas com senha ou chave de acesso para consulta ao andamento processual, caso a página eletrônica requeira a sua utilização.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora