

RECURSO ESPECIAL Nº 1.810.113 - RS (2019/0122093-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **R S M (PRESO)**
ADVOGADOS : **RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676**
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, interposto em desfavor de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o recorrente foi processado e condenado pela prática dos crimes de roubo majorado (art. 157, § 2º, I e II, na forma do art. 71, parágrafo único, do CP), à pena de 23 anos e 12 dias de reclusão, em regime fechado, e absolvido nos delitos descritos nos fatos 07, 09, 10, 13, 14, 16, 17 e 18 descritos na denúncia.

Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça declarou nulo o processo desde a audiência do dia 03.08.2017, determinando ao juiz repetir a solenidade e os atos subsequentes. O acórdão ficou assim ementado:

APELAÇÃO CRIME. ROUBOS MAJORADOS PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E EM CONCURSO DE PESSOAS (16 VEZES). ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE USO RESTRITO. NULIDADE ABSOLUTA INSANÁVEL. A todo acusado em processo penal é garantida a autodefesa, a qual se desdobra nos direitos de audiência, de presença e na capacidade postulatória autônoma. O direito de presença assegura ao réu acompanhar os atos de instrução processual, junto da defesa técnica, a fim de formular adequadamente sua defesa pessoal e munir seu patrono de elementos para explorar inconsistências e incorreções da prova produzida em juízo. Ainda, sendo direito do réu acompanhar a instrução da ação penal movida contra si, sua ausência nas audiências de instrução só é justificada por opção pessoal ou nas restritas hipóteses legais, como quando sua presença gerar constrangimento à vítima e não for possível realizar a audiência por videoconferência. De outro lado, a ausência do acusado em razão da desídia estatal, aqui consubstanciada na não-condução do preso requisitado às audiências de instrução pela SUSEPE, não é motivo

idôneo para relativizar a garantia do acusado e configura nulidade insanável. No caso em análise, ainda que a Defensora Pública é o Ministério Público tenham anuído para a realização das oitivas das vítimas sem a presença do réu, há prejuízo concreto por violação ao princípio da autodefesa e da ampla defesa, dada a impossibilidade de contato e entrevista prévia com o acusado antes da solenidade, bem como a não-realização de reconhecimento pessoal, prova necessária a corroborar a imputação contida na denúncia. Não há dúvida que a ausência de contato prévio entre o recorrente e a Defensora Pública inviabilizou que esta tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvidas algumas das vítimas. É de se lembrar, no ponto, inclusive, que a defesa nem mesmo poderia dispensar a presença do réu quando da solenidade, na medida em que não dispunha de poderes para tal. Logo, tratando-se de nulidade absoluta insanável, que pode ser reconhecida e declarada a qualquer tempo, e estando inequivocamente demonstrado o prejuízo ao réu, é de ser declarado nulo o processo desde a solenidade realizada em 03.08.2017, bem como todos os atos de instrução subsequentes e a sentença.

Sobreveio o presente recurso especial, que foi admitido pelo Tribunal de origem.

Nas razões do especial, o *Parquet* aponta por violados os artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal. Argui, em síntese, que a Câmara julgadora deixou de demonstrar em que, concretamente, consistiria o prejuízo ao acusado com a realização das solenidades, porquanto o defensor estava presente.

É o relatório. Decido.

O recurso merece provimento.

Quanto à nulidade reconhecida pelo Tribunal de origem, assim restou consignado:

Eminentes Colegas, trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público e pela doughta defesa técnica de Roberto Santos Moreira, inconformados com a decisão que o condenou pela prática dos crimes previstos no artigo 157, § 2º, incisos I e II (10 fatos) na forma do artigo 71, parágrafo único, ambos do Código Penal e o absolveu quanto aos fatos 16 e 18.

Em preliminar de ofício, entendo que o presente feito está eivado de nulidade insanável, conforme se demonstra.

O acusado R S M estava preso quando foi citado e

solicitou a nomeação da Defensoria Pública para atuar na sua defesa (folha 140v).

Após o oferecimento de resposta à acusação e não sendo caso de absolvição sumária, o juízo processante designou audiência de instrução e julgamento para 03.08.2017, a qual foi realizada sem a presença do acusado, não conduzido pela SUSEPE, oportunidade em que ouvidas sete vítimas (fls. 236/237).

Marcada nova solenidade para o dia 31.08.2017, novamente a audiência foi realizada sem a presença do réu, não conduzido pela SUSEPE, na qual foram ouvidas mais três vítimas (fls. 261/262).

Mesmo sem a presença do réu, as audiências foram realizadas, com a concordância das partes, estando ele assistido pela Defensora Pública, Dr^a. Débora de O. Dias Torres.

Por fim, o réu foi interrogado em data de 16.05.2018, por vídeo conferência (fl. 304).

Ao final, sobreveio a sentença condenatória.

Pois bem, deve ser lembrado que a todo acusado em processo penal é garantida a autodefesa, a qual se desdobra nos direitos de audiência, de presença e na capacidade postulatória autônoma.

O direito de presença assegura ao réu acompanhar os atos de instrução processual, junto da defesa técnica, a fim de formular adequadamente sua defesa pessoal e munir seu patrono de elementos para explorar inconsistências e incorreções da prova produzida em juízo.

Conforme a doutrina de Renato Brasileiro de Lima:
(...)

Ainda, sendo direito do réu acompanhar a coleta de provas na ação penal movida contra si, sua ausência na audiência de instrução só é justificada por opção pessoal ou nas restritas hipóteses legais, como quando sua presença gerar constrangimento à vítima e não for possível realizar a audiência por videoconferência.

De outro lado, a ausência do acusado em razão da desídia estatal, aqui consubstanciada na não-condução do preso requisitado à audiência de instrução pela SUSEPE, não é motivo idôneo para relativizar a garantia do acusado e configura nulidade insanável.

No caso em análise, ainda que a Defensora Pública e o Ministério Público tenham anuído para a realização da oitiva das vítimas sem a presença do réu, entendo que há prejuízo concreto por violação aos princípios da autodefesa e da ampla defesa, dada a impossibilidade de contato e entrevista prévia com o acusado antes da solenidade, bem como a não-realização de reconhecimento pessoal, prova importantíssima para corroborar a imputação contida na denúncia.

Não há dúvida que a ausência de contato prévio entre o recorrente e a Defensora Pública inviabilizou que este tomasse

conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvida a ofendida.

É de se lembrar, no ponto, inclusive, que a defesa nem mesmo poderia dispensar a presença do réu quando da solenidade, na medida em que não dispunha de poderes para tal.

Logo, tratando-se de nulidade absoluta insanável, que pode ser reconhecida e declarada a qualquer tempo, e estando inequivocamente demonstrado o prejuízo ao réu, é de ser declarado nulo o processo desde a primeira solenidade, realizada em 03 de agosto de 2017 (fls. 236/237), bem como todos os atos de instrução subsequentes e a sentença prolatada pela ilustre magistrada de origem.

Com efeito, consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta da ação penal, sendo que eventual alegação de sua deficiência, para ser apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo, tratando-se, pois, de nulidade relativa. No sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NULIDADE POR DEFICIÊNCIA NA DEFESA. ACUSADO ESTEVE ASSISTIDO POR ADVOGADO EM TODAS AS FASES DO PROCESSO. DEFESA PRÉVIA DE ACORDO COM O PRESCRITO NO ART. 396-A DO CPP. DEFESA ATIVA EM AUDIÊNCIA. ALEGAÇÕES FINAIS ORAIS. EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. MERA ESPECULAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu" (Súmula n. 523 do STF).

2. O STJ já decidiu: "A própria atuação plena da defesa técnica, intervindo em toda ação penal [...], afasta a ideia inicial de prejuízo, nos termos do art. 570 do CPP" (HC n. 311.533/MA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., 16/4/2015).

3. No presente caso, não há como reconhecer a nulidade apontada, pois o Tribunal de origem registrou que o recorrente foi assistido por advogado em todos os atos do processo. Houve a apresentação regular de defesa prévia (elaborada nos termos do art. 396-A do CPP) e o réu esteve acompanhado de defensor na audiência de instrução e julgamento, na qual formulou perguntas à testemunha e ao acusado, bem como ofereceu as alegações finais

Superior Tribunal de Justiça

oralmente. A referida Corte, também, acentuou não haver o insurgente demonstrado, concreta e objetivamente, que "as impugnações resultariam em desfecho favorável, não passando a alegação de prejuízo de mera especulação" (fl. 152).

4. Averiguar se houve prejuízo ao réu demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, providência obstada pela Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 1.241.150/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 27/5/2019).

No caso, o Tribunal de Justiça entendeu de forma diversa desta orientação, concluindo se tratar de nulidade absoluta insanável, e declarou nulo o processo desde a primeira solenidade, realizada em 03 de agosto de 2017.

Ante o exposto, com fundamento no art. **932, inc. V, alínea "a"**, do Código de Processo Civil c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, dou provimento ao recurso especial para afastar a nulidade decretada, devendo os autos retornarem à origem para análise dos demais temas constantes das apelações lá interpostas.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 02 de dezembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator