



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.340.710 - RS (2012/0177041-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : PAULO CÉSAR DOS SANTOS
ADVOGADO : CARLOS FREDERICO BARCELLOS GUAZZELLI - RS009468

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUTODEFESA. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO NA OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. DÚVIDA ACERCA DA SITUAÇÃO DO RÉU NO MOMENTO DAS OITIVAS. INTERROGATÓRIO DO ACUSADO REALIZADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008. DESNECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DO ATO. AUSÊNCIA DE INTERESSE NA REPETIÇÃO MANIFESTADA PELA DEFESA. NULIDADES NÃO CONSTATADAS. RECURSO PROVIDO.

1. O direito de presença – como desdobramento da autodefesa (que também comporta o direito de audiência) – assegura ao réu a possibilidade de acompanhar os atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado está preso, impossibilitado de livremente deslocar-se para o fórum.

2. Contudo, não se trata de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica – conforme positivado no art. 261 do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 –, de modo que o não comparecimento do acusado às audiências de inquirição das testemunhas de acusação, por meio de carta precatória, não pode ensejar, por si, a declaração da nulidade absoluta do ato – são imprescindíveis a comprovação de prejuízo e a sua arguição no momento oportuno. Precedentes do STF e do STJ.

3. Não é possível afirmar, com certeza, a situação prisional do recorrido, pois a Juíza de primeiro grau, ao proferir sentença, asseverou que ele já havia sido beneficiado com a concessão de liberdade provisória quando foram realizadas as audiências por carta precatória (6/11/2007 e 3/12/2007), enquanto o Tribunal estadual declarou que o réu somente foi solto em 25/3/2009.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Inexiste registro de pedido do réu – supostamente preso – de participar das audiências deprecadas e a nulidade não foi suscitada pela defesa na primeira oportunidade em que teve para falar nos autos, momento em que deveria ser arguída.

5. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, é válido o interrogatório do réu realizado antes da vigência da Lei n. 11.719/2008, que alterou o art. 400 do CPP, e a falta de renovação do interrogatório como último ato de instrução processual não implica nulidade do processo, pois houve o cumprimento da legislação anterior, à luz da regra *tempus regit actum* (art. 2º do CPP).

6. O Juízo de primeiro grau intimou a defesa para informar se havia interesse em novo interrogatório do réu, antes de declarar encerrada a instrução processual; a Defensoria Pública manifestou-se, afirmando, expressamente, inexistir interesse na repetição do ato.

7. Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento do apelo defensivo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, com determinação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.340.710 - RS (2012/0177041-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : PAULO CÉSAR DOS SANTOS

ADVOGADO : CARLOS FREDERICO BARCELLOS GUAZZELLI - RS009468

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL interpõe recurso especial, com fulcro no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça daquele estado** na Apelação n. 70044111110.

O ora recorrido foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 60 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 609-630).

Contra essa decisão, foi interposto recurso pela defesa. A Corte estadual, ao examinar o apelo, proferiu a seguinte decisão (fl. 730):

À unanimidade, acolheram a preliminar defensiva e, prejudicado o mérito do apelo, **decretaram a nulidade das audiências das fls. 373/377 e 384/387**, devendo: (a) ser **reaberta a instrução com a renovação desses atos (observadas as devidas intimações e condução dos réus, acaso presos)**, e, após, **possibilitado novo interrogatório**, (b) o feito seguir nos termos dos artigos 402 e seguintes do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Ministério Público estadual opôs embargos declaratórios, os quais foram rejeitados (fls. 742-748).

Nas razões recursais, o *Parquet* suscita violação dos arts. 2º, 222, 367, 400 e 563 do Código de Processo Penal (fls. 753-767).

Alega que a presença do acusado na audiência de oitiva de testemunhas não é indispensável à realização do ato, em especial quando a diligência ocorre mediante carta precatória, desde que o defensor do réu se faça



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presente ou que a ele seja nomeado defensor *ad hoc*.

Considera que, como a defesa foi intimada da expedição das cartas precatórias de oitiva das testemunhas, são "prescindíveis tanto a intimação do acusado acerca de tal expedição, como a de ambos, réu e defesa, quanto à data da realização da audiência no Juízo deprecado, assim como, sobretudo, a condução do réu à solenidade, quando segregado preventivamente" (fl. 761). Ressalta que tal entendimento foi consolidado no enunciado da Súmula n. 273 desta Corte Superior.

Assere, ainda, que "eventual nulidade decorrente da ausência do réu a duas audiências de instrução apenas poderia ser declarada mediante a demonstração do efetivo prejuízo, bem como por meio de sua arguição no tempo oportuno, circunstâncias que não se verificam no caso em apreço, tendo em vista que elas somente foram aventadas pela parte quando do recurso de apelação" (fl. 764).

Sustenta que, "tendo o interrogatório do réu sido realizado antes da entrada em vigor da referida norma [Lei n. 11.719/2008], ou seja, em 16/07/2007 (fl. 136), não há obrigatoriedade de novo interrogatório, eis que plenamente válido o ato" (fl. 765), de acordo com o princípio *tempus regit actum*.

Ressalta que, "após a vigência da Lei nº 11.719/08, **a defesa foi intimada para se manifestar sobre o interesse na realização do reinterrogatório (fl. 501), tendo havido manifestação do Defensor Público dispensando tal ato**" (fl. 766, destaque do autor).

Postula, assim, pelo provimento do recurso especial a fim de "reformular os acórdãos proferidos, afastando a nulidade decretada" (fl. 766).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 799-803) e admitido o recurso (fls. 815-822), o Ministério Público Federal opinou pelo seu provimento (fls. 835-839).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.340.710 - RS (2012/0177041-9)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUTODEFESA. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO NA OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. DÚVIDA ACERCA DA SITUAÇÃO DO RÉU NO MOMENTO DAS OITIVAS. INTERROGATÓRIO DO ACUSADO REALIZADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008. DESNECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DO ATO. AUSÊNCIA DE INTERESSE NA REPETIÇÃO MANIFESTADA PELA DEFESA. NULIDADES NÃO CONSTATADAS. RECURSO PROVIDO.

1. O direito de presença – como desdobramento da autodefesa (que também comporta o direito de audiência) – assegura ao réu a possibilidade de acompanhar os atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado está preso, impossibilitado de livremente deslocar-se para o fórum.

2. Contudo, não se trata de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica – conforme positivado no art. 261 do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 –, de modo que o não comparecimento do acusado às audiências de inquirição das testemunhas de acusação, por meio de carta precatória, não pode ensejar, por si, a declaração da nulidade absoluta do ato – são imprescindíveis a comprovação de prejuízo e a sua arguição no momento oportuno. Precedentes do STF e do STJ.

3. Não é possível afirmar, com certeza, a situação prisional do recorrido, pois a Juíza de primeiro grau, ao proferir sentença, asseverou que ele já havia sido beneficiado com a concessão de liberdade provisória quando foram realizadas as audiências por carta precatória (6/11/2007 e 3/12/2007), enquanto o Tribunal estadual declarou que o réu somente foi solto em 25/3/2009.

4. Inexiste registro de pedido do réu – supostamente preso – de participar das audiências deprecadas e a nulidade não foi suscitada pela defesa na primeira oportunidade em que teve para falar nos autos, momento em que deveria ser arguída.

5. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, é válido o interrogatório do réu realizado antes da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vigência da Lei n. 11.719/2008, que alterou o art. 400 do CPP, e a falta de renovação do interrogatório como último ato de instrução processual não implica nulidade do processo, pois houve o cumprimento da legislação anterior, à luz da regra *tempus regit actum* (art. 2º do CPP).

6. O Juízo de primeiro grau intimou a defesa para informar se havia interesse em novo interrogatório do réu, antes de declarar encerrada a instrução processual; a Defensoria Pública manifestou-se, afirmando, expressamente, inexistir interesse na repetição do ato.

7. Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento do apelo defensivo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

O Ministério Público estadual sustenta a não ocorrência das nulidades reconhecidas pela Corte estadual, decorrentes da ausência de condução do réu às audiências de oitiva de testemunhas de acusação por carta precatória e por não haver sido repetido o interrogatório do recorrido ao final da instrução probatória.

Antes da análise do caso concreto, insta registrar as premissas fixadas pela doutrina e pela jurisprudência para caracterizar as nulidades em exame.

II. Nulidade – ausência de condução do réu a audiências realizadas por carta precatória

A possibilidade de que o próprio acusado intervenha, direta e pessoalmente, na realização dos atos processuais denota a ideia de autodefesa, também chamada defesa privada, material ou pessoal. Saliente-se que a autodefesa não se resume à participação do acusado no interrogatório judicial, mas há de se estender a todos os atos de que o imputado participe. Desse modo, digo apenas para ilustrar, é expressão de tal direito a permissão, conferida em alguns ordenamentos – v.g. o art. 626.1 da LECR da Espanha e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o art. 258.3 da StPO da Alemanha –, de que o acusado intervenha pessoalmente em depoimentos de testemunhas, nos debates orais, no encerramento da causa etc.

Na verdade, desdobra-se a autodefesa em "direito de audiência" e em "direito de presença", é dizer, tem o acusado o direito de ser ouvido e falar durante os atos processuais (e não apenas, como se verifica no direito brasileiro, em seu interrogatório judicial), bem assim o direito de assistir à realização dos atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado se encontra preso, impossibilitado de livremente deslocar-se para o fórum.

Tais direitos implicam, portanto, uma série de possibilidades para o acusado, quais sejam: (a) presença em juízo; (b) conhecimento dos argumentos e conclusões da parte contrária; (c) exteriorização de sua própria argumentação; (d) demonstração dos elementos de fato e de direito que constituem as suas razões defensivas e, por último, (e) propulsão processual.

Convém sublinhar que tanto o direito de audiência quanto o direito de presença podem ser exercitados de forma passiva, negativa, sem que isso represente ausência de defesa. É, portanto, expressão da autodefesa o direito ao silêncio, reconhecido ao acusado como corolário de seu direito de não se autoincriminar (*privilege against selfincrimination*), visto que, de acordo com antigo preceito do Direito Canônico, ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si ou a delatar-se (*nemo tenetur se detegere* ou *nemo tenetur se ipsum accusare*).

De igual modo, constitui exercício de tal direito a deliberada e voluntária atitude do acusado de não se fazer presente nos atos do processo criminal ou mesmo em todo ele. Logo, se de um lado o Estado deve facilitar a presença do acusado durante a instrução e o julgamento da causa, notificando-o pessoalmente sobre a data, o horário e o local das respectivas audiências ou sessões, há de respeitar, a seu turno, eventual escolha do acusado de não comparecer a elas.

Não se trata, pois, de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica – conforme positivado no art. 261 do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 –, **de modo que o não comparecimento do acusado preso às audiências não pode ensejar, por si, a declaração da nulidade absoluta do ato** – **são imprescindíveis a comprovação do prejuízo e a sua arguição no momento oportuno**. Nesse sentido: HC n. 219.551/SP (Rel. Ministra Maria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 28/2/2014); **HC n. 241.571/MS** (Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 11/3/2014); **HC n. 268.629/SP** (Rel. Ministro **Og Fernandes**, 6ª T., DJe 9/10/2013); **AgRg no HC n. 247.979/PE** (Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 30/9/2013); **AgRg no REsp 1.288.587/SP** (Rel. Ministro **Campos Marques**, 5ª T., DJe 27/5/2013); **AgRg no RHC n. 36.813/SP** (Rel. Ministra **Assusete Magalhães**, 6ª T., DJe 27/5/2013).

Em idêntica diretriz é o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, que já reafirmou, em julgamento sob o rito da repercussão geral, a jurisprudência de que inexistente nulidade pela ausência, em oitiva de testemunha por carta precatória, de réu preso que não manifestou expressamente intenção de participar do ato, *in verbis*:

AÇÃO PENAL. Prova. Oitiva de testemunha. Carta precatória. Réu preso. Requisição não solicitada. Ausência de nulidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Não é nula a audiência de oitiva de testemunha realizada por carta precatória sem a presença do réu, se este, devidamente intimado da expedição, não requer o comparecimento.

(**RE n. 602.543 QO-RG**, Rel. Ministro **Cezar Peluso**, DJe 25/2/2010)

Colaciono, ainda, o recente julgado:

[...]

1. A ausência do paciente na audiência de oitiva de testemunhas não constitui nulidade de modo a comprometer os atos processuais, na medida em que, além de o paciente não ter manifestado a intenção de comparecer ao ato processual, houve expressa dispensa por parte do advogado constituído. Não cabe, portanto, a alegação de cerceamento de defesa, a teor do que dispõe o art. 565 do CPP: "Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido".

2. Ademais, em sede de repercussão geral, o Tribunal fixou o entendimento, *mutatis mutandis* aqui aplicável, de que não há nulidade na realização de audiência de oitiva de testemunha por carta precatória, se ausente réu preso que não manifestou expressamente a sua intenção em participar da audiência (RE 602.543-QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Não se pode ignorar, ainda, que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o reconhecimento de nulidade dos atos processuais, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte (CPP, art. 563).

4. Na espécie, entretanto, o impetrante sequer indicou de que modo a renovação dos referidos atos processuais poderia beneficiar o paciente, limitando-se a tecer considerações genéricas sobre o princípio do devido processo legal. Caso a parte se considerasse prejudicada em seu direito, poderia ter se manifestado na audiência, em preliminar de alegações finais, ou até mesmo nos recursos interpostos contra a sentença de pronúncia (CPP, art. 571). Ocorre que a insurgência só foi veiculada depois do trânsito em julgado da sentença de pronúncia, vale dizer, cinco anos após a prática do ato processual.

5. Ordem denegada.

(HC n. 120.759/SE, Rel. Ministro Teori Zavascki, 2ª T., DJe 12/11/2014)

Como visto, a orientação emanada das Cortes Superiores impõe a aplicação da regra segundo a qual "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa" (CPP, art. 563, *caput*). Daí a expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo). Vale dizer, em matéria penal, nenhuma nulidade será declarada se não for demonstrado, concretamente, o prejuízo suportado pela parte.

Na lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, hoje em dia "se dá mais valor à finalidade pela qual a forma foi instituída e ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal" (*As nulidades no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001, p. 27).

A demonstração do prejuízo – que, em alguns casos, por ser intuitiva, pode decorrer de simples raciocínio lógico do julgador – é reconhecida pela jurisprudência atual como essencial tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta, consoante retrata textualmente o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

[...]

II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal.

III – Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie).

[...]

(HC n. 122.229, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª T, DJe 29/5/2014, destaquei.)

Anoto, ainda, a doutrina de Gustavo Badaró, para quem:

O princípio da instrumentalidade das formas equivale ao princípio do prejuízo, pelo qual não se anula o ato se da atipicidade não decorreu prejuízo para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 563). Essa regra "é a viga mestra em matéria de nulidade". O art. 566 do CPP completa tal regime de flexibilização das formas ao disposto que não se declara a nulidade que não houver influído na "apuração da verdade" ou "na decisão da causa". Trata-se da conhecida máxima *pas de nullité sans grief*.

Segundo a maior parte da doutrina, o princípio do prejuízo não se aplica às nulidades absolutas, em que "o prejuízo é presumido". Tal posição não é correta por partir da premissa equivocada de que a forma é um fim em si mesma. Atentando-se para o caráter instrumental do processo, conclui-se, que, mesmo nos casos em que o vício poderia caracterizar nulidade absoluta, se o ato cumpriu sua finalidade, não há que falar em nulidade. Por sua vez, quanto às nulidades relativas, há consenso de que sua decretação depende da demonstração de prejuízo.

Toda nulidade exige um prejuízo. Há casos em que o prejuízo é evidente. No entanto, isso não se confunde com a não ocorrência de prejuízo, apenas sendo desnecessário demonstrá-lo. Excepcionalmente, mesmo em uma das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido (*Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 583-584).

III. Nulidade – interrogatório do réu não realizado ao final da instrução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A reforma estabelecida pela Lei n. 11.719/2008, em vigência desde 22/8/2008, alterou substancialmente o procedimento comum ordinário. Na nova redação do art. 396 do Código Penal, "oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de (dez) dias".

Após a fase preliminar da defesa, existe a possibilidade de absolvição sumária do acusado ou de rejeição da denúncia. Não sendo este o caso, o juiz designará audiência de instrução e julgamento. No ato, serão tomadas as declarações do ofendido, ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, realizados os esclarecimentos dos peritos e, por derradeiro, interrogado o réu, seguindo-se os debates e a sentença.

Nessa nova ótica, o interrogatório é o ato final da instrução, consubstanciando-se não só em meio de prova, mas também em meio de defesa, e o réu prestará suas declarações já ciente de todas as provas produzidas durante a instrução criminal, com mais elementos para exercer sua autodefesa e dar a sua versão final dos fatos. No fim da audiência, as partes poderão requerer diligências e, depois do oferecimento de alegações finais, o juiz proferirá sentença.

A respeito do tema, esta Corte já salientou que **a superveniência da Lei n. 11.719/2008 não torna obrigatória a repetição do interrogatório validamente realizado sob a vigência da legislação anterior**. Confira-se:

[...]

À luz do princípio *tempus regit actum*, as normas de direito processual possuem aplicação imediata, razão pela qual a "superveniência da Lei n. 11.719/2008, que alterou o art. 400 do Código de Processo Penal, para determinar a realização do interrogatório como último ato da instrução processual, não implica a repetição do ato, regularmente realizado sob a égide da legislação anterior. Aplicação do art. 2º do Código de Processo Penal e de precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal" (RHC n. 41.517/PI, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015).

[...]

(HC n. 164.414/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 8/9/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tem-se entendido que o advento da nova redação do art. 400 do CPP, alterado pela Lei n. 11.719/2008, não implica repetição do interrogatório dos acusados que foram regularmente ouvidos antes da vigência da lei processual penal, por interpretação do art. 2º do CPP, pois, "apesar de as leis processuais aplicarem-se de imediato, desde a sua vigência, devem ser respeitados os atos realizados sob o império da legislação anterior" (**RHC n. 49.661/SP**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 27/8/2014).

Esse também é o entendimento manifestado pela Sexta Turma:

Quanto à repetição do interrogatório ao final da instrução, trata-se de tema de cunho processual ao qual é aplicável, como regra geral, o princípio do *tempus regit actum*, ou seja, realizados os atos processuais na vigência do regramento antigo, não induz nulidade a superveniência da novel disposição legal que eventualmente altera o modo como devem ser realizados. Precedentes (**AgRg no REsp n. 1.466.056/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 9/10/2014).

E pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

[...]

1. Interrogatório dos Pacientes ocorrido em data anterior à publicação da Lei n. 11.719/2008. Impossibilidade de realização de novo interrogatório. Aplicação do princípio do *tempus regit actum*. 2. Ordem denegada com revogação da liminar deferida. (**HC n. 123.228**, Rel. Ministra **Cármem Lúcia**, Tribunal Pleno, DJe 25/9/2015)

Feito esse registro, passo ao exame das teses suscitadas neste recurso.

IV. Análise do caso concreto

IV.1. Breve esboço fático

O ora recorrido foi denunciado pela suposta prática, em 6/3/2007, do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 29, *caput*, ambos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recebida a denúncia, ele foi citado em 22/6/2007 (fls. 118-119) e interrogado em 16/7/2007 (fl. 134).

Em 9/10/2007, o Juízo de primeiro grau acolheu pedido defensivo e concedeu liberdade provisória ao réu (fl. 311); o alvará de soltura foi expedido na mesma data (fl. 312).

O recorrido foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 60 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

O cerceamento de defesa – decorrente da ausência de condução do réu às audiências em que foram ouvidas as testemunhas de acusação – somente foi apontado em alegações finais (fls. 598-606), pela Defensoria Pública, e assim repellido pelo Juízo sentenciante (fls. 613-615, destaquei):

Não assiste razão à defesa no tocante à preliminar ventilada.

O artigo 563 do Código de Processo Penal é claro ao prever que: "*Nenhum ato será declarado nulo, se a nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*", elencando o legislador no artigo seguinte (artigo 564 do mesmo diploma legal) quais as circunstância (sic) em que resta presumido o prejuízo, essas, sim, configuradoras de nulidade absoluta, impossíveis de serem sanadas.

No caso dos autos, além da defesa pública postular o reconhecimento da nulidade **não demonstrou o que constituiu o efetivo prejuízo causado à defesa**. Importante destacar que Paulo César, **por ocasião da coleta da prova, estava respondendo ao processo em liberdade e sua defesa estava sendo promovida por procurador constituído**. Portanto, se de fato estivesse interessado em acompanhar o ato, **poderia ter procurado a defensor (sic) que ele próprio contratou – e que já havia restado intimado da expedição da precatória –, para que lhe orientasse e informasse as datas designadas para a coleta da prova**.

Nesse sentido, colaciono recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça que entende tratar-se de nulidade relativa (ou seja, a anulação do ato depende da demonstração do efetivo prejuízo) a ausência de requisição do denunciado preso às audiências designadas nos Juízos deprecados:

[...]

Assim, restando incontestável que a situação exposta pela defesa pública é configuradora de nulidade relativa, conforme argumentos e decisões expostas, e não tendo a defesa demonstrado o efetivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízo que o ato causou, impossível o acolhimento da pretensão deduzida.

A suposta nulidade pela ausência de repetição do interrogatório ao final da instrução não foi apreciada nessa oportunidade.

Irresignada, a defesa apelou. O Tribunal de origem, à unanimidade, acolheu a preliminar suscitada pela defesa, de nulidade das audiências, e determinou a reabertura da instrução, nos seguintes termos (fls. 723-729, grifei):

Razão assiste à defesa. Duas são as razões que me motivam.

Primeiro – de fato, o acusado **Paulo, que estava preso, não foi conduzido às audiências de instrução de fls. 373/377 (realizada em 06/11/2007) e 384/387 (realizada em 03/12/2007), consoante se afere das informações constantes do sistema Consultas Integradas da Secretaria de Segurança Pública do Estado – o réu deu entrada na casa prisional em 20/04/2007 e foi solto apenas em 25/03/2009.**

E, em ambas as solenidades realizadas por precatória, foram ouvidas testemunhas de acusação.

Segundo – sobrevinda a alteração do rito processual, determinada pela Lei 11.719/08, **não foi oportunizado ao acusado novo interrogatório.**

Passo a fundamentar.

Em precedente de minha relatoria, entendeu esta Câmara que, **até mesmo em situação em que se expede carta precatória para a colheita da prova, faz-se necessária a intimação do réu e de seu defensor tanto da expedição do documento 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 procurador verdadeira investigação acerca da data designada pelo juízo deprecado para a realização das audiências. Naquela ocasião, assim me manifestei:

[...]

No caso em exame, a situação é mais flagrante. As **audiências de instrução foram realizadas enquanto o acusado estava sob a custódia do Estado.**

Assim, agredida a ampla defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ora, a garantia constitucional da ampla defesa tem como corolário a defesa técnica e a defesa pessoal. Desta última, decorre o direito de audiência, direito este **assegurado ao acusado de, se assim o desejar, assistir todas as audiências e de ser ouvido pelo juízo da causa**. Se assim o é, o Estado-Judiciário deve intimar o acusado de todos os atos do processo e o Estado-Administração tem o dever, acaso esteja preso o réu, de arcar com todos os ônus de conduzi-lo – repito, se assim o quiser – para as audiências.

Nula (sic), portanto, as audiências de instrução das fls. 373/377 e 384/387, devendo ser reaberta a instrução com a renovação de tal ato (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, bem como requisitado o réu preso).

Renovadas as cerimônias, ainda, entendo que deva ser possibilitado ao réu novo interrogatório, tudo em respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, seguindo-se o feito nos termos dos artigos 402 e seguintes, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público opôs embargos declaratórios, os quais não foram acolhidos, sob a seguinte motivação (fls. 745-747, destaques do autor):

No caso presente, o embargante sustenta o mesmo: o Acórdão desta Câmara seria omissa porque não apontou o dispositivo legal para a exigência da presença do réu nas audiências de instrução realizadas por precatória.

Ora, sinto-me mal em precisar dizer que essa determinação deriva de interpretação conforme a Constituição Federal e aos princípios que lhe são inerentes. Desconforta-me argumentar que se trata de manutenção da força normativa da Carta Maior. O parágrafo segundo do artigo quinto do texto magno prevê que (irei transcrever, já que a rememoração se faz necessária): *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Aí repousa a norma. É disso que se está a falar: da existência de uma norma válida no ordenamento jurídico independente da forma adotada. Princípio implícito, explícito ou regra escrita. Afinal, como diz Ferrajoli, *"el ser del sistema jurídico comprende también su deber ser constitucional, el cual, si de un lado no debe confundirse con su deber ser ético-político o externo, tampoco ha de ser considerado ajeno al ser del derecho."* (FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: una



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006, p. 26.)

Para explicar que o Acórdão não foi omissivo ao determinar a nulidade do processo porque o acusado, preso, não foi conduzido às audiências instrutórias, preciso dizer o óbvio (aí o desconforto já anunciado):

Um – a estruturação de garantias constitucionais prevista no artigo quinto se estabelece pela previsão de direitos fundamentais individuais, inalienáveis, imprescritíveis, intransferíveis e oponíveis *erga omnes* (inclusive contra o Estado). O *catálogo* previsto no quinto constitucional é exemplificativo e, por isso, contém uma abertura material proporcionada pelo parágrafo segundo dele mesmo. Essa é a razão da remissão a tratados, estruturas e princípios implícitos, decorrentes do Estado Democrático de Direito previsto nos artigos primeiro e terceiro da CF/88.

Dois – todos sabem que o direito à ampla defesa compreende, como referido no Acórdão embargado, a presença do acusado aos atos processuais. E, **se preso estiver, é fundamental que seja conduzido pelo Estado**. Contextualizando tudo, para demonstrar que os fundamentos do Acórdão estão de acordo com o sistema de garantias constitucional, e têm, por isso, previsibilidade no ordenamento jurídico, transcrevo trecho do parecer da própria Procuradoria de Justiça – que usei, inclusive, no Acórdão embargado: [...]

Como parte do voto, toda transcrição das páginas 594/596 fazem a fundamentação daquela decisão e explicam aquilo que, agora, me vi obrigado a fazer.

Três – não fosse tudo isso, ainda assim, comportaria dizer que a auto defesa do cidadão contra o Estado que lhe constrange a liberdade – em verdadeira medida de exceção; a liberdade é a regra; o acusado ainda não foi condenado – não pode ser sonogada. Daí o direito de presença do acusado nos atos processuais, como tantas e tantas vezes asseverado por esta Câmara.

Por fim, cumpre enfatizar que não é necessária fundamentação legal a embasar decisão contrária à jurisprudência colacionada, porque, além de tal obrigação não existir no plano normativo, a jurisprudência citada nos embargos é carente de poder vinculante.

Em suma, omissão alguma há a ser sanada no Acórdão! As razões do embargante apenas dizem com a discordância da decisão e seus fundamentos.

IV.2. Alteração da representação do recorrido durante a tramitação do feito

Insta consignar que o acusado, em seu interrogatório, constituiu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

advogada para atuar em sua defesa (fls. 134-135), a qual foi devidamente intimada dos atos instrutórios que estavam sendo realizados (fls. 178, 213, 258, 314, 326, 344, 353, 384, 460, 511, 571), apresentou defesa prévia (fls. 202-203) e participou de algumas audiências no Juízo de origem, ocorridas em 11/9/2007 e 26/9/2007 (fls. 248 e 302, respectivamente).

Ao final da instrução, o Ministério Público estadual manifestou a desistência na oitiva de testemunha de acusação que não havia sido localizada, motivo pelo qual o Juízo de primeiro grau determinou a intimação da defesa do réu para se pronunciar "quanto ao interesse no reinterrogatório" (fl. 581). Por motivo incompreensível, a intimação foi dirigida à Defensoria Pública (fl. 582), que afirmou, em 29/4/2010, inexistir interesse na repetição do interrogatório.

O ato subsequente foi a declaração de encerramento da instrução, em que foi ordenada a intimação das partes para apresentação de memoriais.

Nessa ocasião, foi novamente intimada a advogada constituída do réu, em 1º/7/2010 (fl. 596) e, ausente a lavratura de certidão nos autos ou mesmo a prolação de ato decisório pelo Juízo natural da causa, foi também intimada a Defensoria Pública, em 9/7/2010, para apresentar as alegações finais defensivas (fl. 597). Ressalta-se que os memoriais foram oferecidos pela Defensoria Pública estadual (fls. 598-606).

Depois de proferida a sentença, **apenas a Defensoria Pública foi intimada de seu teor** (fl. 635), do que resultou a interposição da apelação (fls. 638-647) objeto do acórdão ora recorrido.

Os únicos atos praticados pela advogada constituída foram a apresentação da defesa prévia, em 30/6/2007 (fls. 202-203) e o comparecimento a duas audiências, 11/9/2007 e 26/9/2007 (fls. 248 e 302, respectivamente), quando, nas duas oportunidades, requereu a concessão de liberdade provisória ao réu. Logo, inexistindo nos autos instrumento de renúncia ou de revogação do mandato, não é possível afirmar em que momento a advogada deixou de representar o réu.

Por conseguinte, deve-se considerar que o réu foi representado pela advogada **somente até a data do último ato praticado nos autos (comparecimento à audiência de 26/9/2007).**

Com base nessas considerações, passa-se ao exame das supostas nulidades.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV.3. Réu não conduzido às audiências de oitiva de testemunhas de acusação por carta precatória

Consoante narrado pela Corte estadual, em 6/11/2007 e 3/12/2007, foram ouvidas, por **meio de carta precatória**, as testemunhas de acusação (fls. 723-724), sem a presença do réu preso. O ato ocorreu antes da redação do art. 222, § 3º, do CP (videoconferência) e não há registro de pedido expresso da defesa – devidamente intimada da expedição das precatórias (fl. 213) – de requisição do réu preso para acompanhar a audiência deprecada. Nas atas, consta a assinatura de defensor dativo (fls. 427-431 e 439-442), que acompanhou os atos processuais e não arguiu nenhuma nulidade ao término da assentada.

Como anteriormente destacado, **a falta de requisição de réu preso para a audiência de inquirição das vítimas, realizada por meio de carta precatória, constitui nulidade relativa, que deve ser apontada em momento oportuno, acompanhada da comprovação de prejuízo efetivo para a parte.**

Ainda, não é possível afirmar, com certeza, a situação prisional do recorrido, pois a Juíza de primeiro grau, ao proferir sentença, **asseverou que ele já havia sido beneficiado com a concessão de liberdade provisória quando foram realizadas as audiências por carta precatória (6/11/2007 e 3/12/2007), enquanto o Tribunal estadual declarou que o réu somente foi solto em 25/3/2009.**

Também, **não há registro de pedido do réu** – supostamente preso – de participar das audiências deprecadas, e a nulidade não foi suscitada pela defesa na primeira oportunidade em que teve para falar nos autos, conforme demonstram as atas de fls. 427 e 439, assinadas sem nenhum registro de inconformismo. A teor do art. 571, VIII, do CPP, as nulidades deverão ser arguídas: "As do julgamento em plenário, em audiência ou sessão do tribunal, **logo depois de ocorrerem**".

Além disso, **a defesa não apontou a ocorrência de efetivo prejuízo para o recorrente e nem sequer indicou de que modo a renovação do ato processual poderia beneficiá-lo.** Ainda que, repito, em alguns casos, o prejuízo à garantia constitucional da ampla defesa possa ser aferido mediante simples procedimento lógico do julgador, no caso concreto, a ausência do réu na oitiva de testemunhas realizada em comarca diversa da qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tramitava a ação penal originária não acarretou prejuízo à defesa, pois o defensor dativo acompanhou a colheita da prova.

Dessa forma, não verifico a ocorrência de nulidade na hipótese.

IV.4. Ausência de repetição do interrogatório do réu ao final da instrução

No caso em comento, tal como anteriormente ressaltado, **o fato delituoso, o oferecimento da denúncia e o interrogatório do réu ocorreram antes das alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008.**

Ademais, observa-se que o Juízo de primeiro grau **intimou a defesa para informar se havia interesse em novo interrogatório do réu**, antes de declarar encerrada a instrução processual, ao que a Defensoria Pública respondeu, **expressamente, inexistir interesse na repetição do ato** (fl. 582).

Registro, por oportuno, que, como os atos praticados pela Defensoria Pública estadual em favor do réu são **posteriores a 30/8/2007**, deve-se considerar que estava devidamente constituída para representar os interesses do acusado. Portanto, **visto que foi oportunizada nova oitiva ao réu, não realizada a pedido da sua própria defesa, não há nulidade no ponto.**

Assim, o recurso ministerial merece provimento. Todavia, como há teses recursais pendentes de apreciação, devem ser restabelecidos os autos ao Tribunal estadual para que ele prossiga no julgamento do apelo defensivo.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **dou provimento ao recurso especial, para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento do apelo defensivo.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0177041-9 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.340.710 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20700008663 20700009899 20700018316 20800025640 3439058920118217000
43129220128217000 45906905200118217000 70044111110 70045262755
70046977229

PAUTA: 25/10/2016

JULGADO: 25/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : PAULO CÉSAR DOS SANTOS
ADVOGADO : CARLOS FREDERICO BARCELLOS GUAZZELLI - RS009468

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, com determinação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.