



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1794907 - RS (2019/0036680-7)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
RECORRIDO : -----  
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

### EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 563, 564, IV, 565 E 571, VIII, TODOS DO CPP. PLEITO DE DECOTE DA NULIDADE ABSOLUTA RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO PARA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO. DEFENSOR DATIVO SEM CONTATO PRÉVIO COM O ACUSADO, PORTANTO, SEM CONHECIMENTO DOS FATOS. PREJUÍZO DEMONSTRADO. MANUTENÇÃO DOS TERMOS DO ACÓRDÃO QUE SE IMPÕE.

1. O Tribunal de origem dispôs que *é direito do réu acompanhar a coleta de provas na ação penal movida contra si. [...] 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, em que pese manifestação contrária do defensor dativo, entendeu a magistrada na realização da oitiva dos milicianos sem a presença do réu, o que a meu ver, acarreta 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. [...] Não há dúvida que a ausência de contato prévio entre o recorrente e seu defensor inviabilizou que este tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvidos os policiais. [...] 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 declarada nula a audiência datada de 07.02.2017.*
2. Diante da responsabilidade exclusiva do Estado, a ausência do recorrido na audiência de inquirção de testemunhas, ante a impossibilidade de transporte de presos, não lhe pode ser imputada. Com efeito, não se pode permitir que o Estado seja ineficiente em cumprir com suas obrigações mínimas, como disponibilizar o recorrido para a audiência previamente marcada.
3. É evidente o prejuízo do réu que, por falha no estado, tem cerceado o seu direito de comparecer ao depoimento das testemunhas arroladas pelo órgão acusador, ocasião onde foi representado por um advogado dativo com quem

nunca tivera contato. Exigir que a defesa indique desde já os detalhes de um prejuízo é exigir a chamada "prova diabólica", tendo em vista que não há como a parte provar como o processo seguiria, caso estivesse presente na audiência.

4. A informação de que *a ausência de contato prévio entre o recorrente e seu defensor inviabilizou que este tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvidos os policiais*, revela que ele não possuía conhecimento dos fatos, não podendo fazer nada numa audiência desta natureza, denotando, mais uma vez, o efetivo prejuízo sofrido pelo recorrido.
5. Recurso especial desprovido.

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público do Rio Grande do Sul**, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local na Apelação Criminal n. 70077127488 (fls. 278/295).

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA NOS TERMOS DA DENÚNCIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. PRELIMINAR. 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 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, o defensor dativo não anuiu com a solenidade, porém o juízo entendeu pela realização da audiência, havendo 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 do réu, 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 este tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvidas a vítima e a testemunha de acusação. 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, tratandose 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 em que ouvidas duas testemunhas, realizada em 07.02.2017, bem como todos os atos de instrução subsequentes e a sentença.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO ACOLHIDA, RESTANDO PREJUDICADO A ANÁLISE DO RECURSO, POR MAIORIA.

No presente recurso especial, é indicada a violação dos arts. 563, 564, IV, 565 e 571, VIII, todos do Código de Processo Penal, sob os argumentos de que, *ao revés do entendido da colenda Câmara Criminal, a ausência do acusado na audiência de instrução se trata de nulidade relativa, exigindo-se, para o seu reconhecimento, a demonstração de prejuízo à defesa. [...] Na hipótese, a maioria do órgão fracionário, embora tenha reconhecido a existência de nulidade da instrução probatória, por ter sido realizada audiência de instrução sem a presença do réu, deixou de considerar a inexistência de prova do prejuízo decorrente da suposta ilegalidade, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aspecto essencial ao afastamento da invalidade declarada (fl. 305).*

*Assevera o recorrente que a nulidade aventada pelo Tribunal Estadual diz quanto à omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato, o que seria causa de nulidade absoluta. [...] Ocorre que, ao contrário do entendido pelo colegiado, a hipótese se enquadra como nulidade de natureza relativa, consoante já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual caberia a mínima demonstração de prejuízo ao recorrido, essencial à declaração de nulidade processual, nos termos do artigo 563 do Estatuto Processual Penal (fl. 309).*

*Argumenta que a ausência do defensor público na Comarca quando da realização da audiência e conseqüente nomeação de advogado ad hoc para a assistência dos interesses do réu na solenidade, é questão que diz tão somente quanto à própria defesa do réu, não podendo ele tirar proveito dessa circunstância (Art. 565 do CPP. Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância SÓ à parte contrária interesse). [...] Ademais, nenhuma mácula há no uso dos depoimentos obtidos em audiência sem a presença do réu, já que a sua defesa, na audiência tida por nula, estava presente, e porque, ao revés do que entendeu o Colegiado, nem mesmo a sentença condenatória, por si só, representa prejuízo concreto ao réu. [...] Ora, no processo penal, prevalece o vetusto princípio pas de nullité sans grief, o qual preconiza que, para a decretação de invalidade do ato, é necessária a efetiva presença de prejuízo, o que não se verificou no caso em apreço, pois sequer demonstrado, de forma concreta (fl. 310).*

*Ressalta que a não observância de formalidades previstas em lei somente terá relevância na medida em que possa impedir a realização do processo justo, seja promovendo o desequilíbrio na participação e efetiva contribuição das partes, seja*

*afetando o adequado exercício da função estatal jurisdicional, situação incorrente in casu* (fl. 312).

Ao final da peça recursal, o *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL propugna seja admitido o presente recurso especial e, ao final, integralmente provido nessa Superior Instância, ao efeito de reformar o decisum proferido, afastando a nulidade decretada* (fl. 313).

Oferecidas contrarrazões (fls. 339/345), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 350/359).

RECURSO ESPECIAL. FURTO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DO RÉU. NULIDADE RELATIVA. RECURSO ADMITIDO.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento da insurgência (fls. 372/377).

RECURSO ESPECIAL. FURTO. NULIDADE. AUSÊNCIA DO RÉU EM AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. EFETIVO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PROVIMENTO DO RECURSO.

- O reconhecimento de eventual nulidade no curso do processo penal prescinde da demonstração clara do prejuízo efetivo decorrente, em atenção ao brocardo *pas des nulité sans grief*.

- Não é possível identificar em que medida a ausência do acusado em audiência para oitiva das testemunhas poderia ter gerado desfecho distinto do encontrado nos autos.

- Parecer pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

Para elucidação do quanto requerido, extraem-se do voto condutor do combatido aresto os seguintes trechos (fls. 291/293 – grifo nosso):

[...]

**A defesa alegou, preliminarmente, a nulidade da audiência em que ouvidas duas testemunhas arroladas pela acusação, tendo em vista que o réu preso não foi conduzido para a solenidade.**

Tenho que no caso concreto lhe assiste razão.

Conforme se depreende do presente feito, o acusado estava preso preventivamente, por outro processo, desde 17.02.2016.

Citado, requereu a nomeação da Defensoria Pública para atuar na sua defesa (folha 108).

**Após o oferecimento de resposta à acusação e não sendo caso de absolvição sumária, o juízo processante designou audiência de instrução e julgamento para 07.02.2017, sendo o recorrente requisitado à SUSEPE (folha 112), a qual informou acerca da impossibilidade de transporte dos presos (folha 117), oportunidade em que ouvidos os policiais militares.**

Na referida solenidade, o réu foi assistido por defensor dativo.

Marcada nova solenidade para 21.03.2017, na qual ouvida a vítima e interrogado o réu (folha 135).

Após, sobreveio 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.

[...]

**Ainda, é direito do réu acompanhar a coleta de provas na ação penal movida contra si.**

**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, em que pese manifestação contrária do defensor dativo, entendeu a magistrada na realização da oitiva dos milicianos sem a presença do réu, o que a meu ver, acarreta 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.**

**Não há dúvida que a ausência de contato prévio entre o recorrente e seu defensor inviabilizou que este tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvidos os policiais.**

**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 declarada nula a audiência datada de 07.02.2017.**

[...]

Diante do exposto, voto em acolher a preliminar defensiva para declarar a nulidade da solenidade ocorrida em 07.02.2017, observando-se ao réu o direito de estar presente e participar da instrução processual, prejudicado o exame do mérito.

[...]

Da leitura do trecho acima transcrito, tem-se que a Corte de origem colacionou fundamentos válidos para justificar a presença de nulidade absoluta.

De início, tendo a defesa suscitado a ilegalidade em audiência, conforme ata de fls. 140, não há que se falar em preclusão (AgRg no REsp n. 1.973.052/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 29/6/2022).

No caso concreto, diante da responsabilidade exclusiva do Estado, a ausência do recorrido na audiência de inquirição de testemunhas, ante a impossibilidade de transporte de presos, não lhe pode ser imputada.

Com efeito, não se pode permitir que o Estado seja ineficiente em cumprir com suas obrigações mínimas, como disponibilizar o recorrido para a audiência previamente marcada.

É evidente o prejuízo do réu que, por falha no estado, tem cerceado o seu direito de comparecer ao depoimento das testemunhas arroladas pelo órgão acusador, ocasião onde foi representado por um advogado dativo com quem nunca tivera contato. Exigir que a defesa indique desde já os detalhes de um prejuízo é exigir a chamada "prova diabólica", tendo em vista que não há como a parte provar como o processo seguiria caso estivesse presente na audiência.

De mais a mais, a informação de que *a ausência de contato prévio entre o recorrente e seu defensor inviabilizou que este tomasse conhecimento da versão do acusado e formulasse a defesa de forma adequada durante a audiência em que ouvidos os policiais, revela que ele não possuía conhecimento dos fatos*, não podendo fazer nada numa audiência desta natureza, denotando, mais uma vez, o efetivo prejuízo sofrido pelo recorrido.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso especial.