

ROUBO QUALIFICADO - ARMA DE FOGO - CONCURSO DE PESSOAS - RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA - INTERROGATÓRIO - RÉU PRESO - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO - ADVOGADO - DIREITO À ENTREVISTA - NULIDADE - PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - ARTS. 185, § 2º, 261 E 360 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - LEI 10.792/2003

Ementa: Processo penal. Lei nº 10.792/03. Interrogatório. Réu preso. Ausência de citação pessoal e de entrevista reservada com o defensor nomeado. Violação aos arts. 185 e 360 do CPP. Nulidade absoluta.

- Com o advento da Lei 10.792/03, a citação de réu preso, segundo a determinação do art. 360 do CPP, com sua nova redação, será sempre pessoal, por mandado ou precatória, em qualquer das hipóteses, estará acompanhada de cópia da denúncia, de modo a propiciar-lhe a mais ampla defesa, sob pena de nulidade. A Lei nº 10.792/03, ao mudar a sistemática do interrogatório, transformou-o em meio de defesa, ensejando a obrigatória participação da defesa técnica, através do advogado constituído pelo réu ou de defensor nomeado para patrocinar a sua defesa, assegurando-lhe o direito à entrevista reservada com o defensor que irá patrocinar sua defesa, sob pena de nulidade absoluta por afronta ao princípio da ampla defesa.

Sentença anulada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.04.128061-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: C.R.S.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER A PRELIMINAR DA DEFESA E ANULAR O PROCESSO DESDE O INTERROGATÓRIO, INCLUSIVE.

Belo Horizonte, 20 de junho de 2006. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio Armando dos Anjos - Perante o Juízo da Comarca de Juiz de Fora,

C.R.S.M. e J.M.O., alhures qualificados, foram denunciados pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

Quanto aos fatos, narra a denúncia (f. 02-04), que, no dia 05.01.2004, por volta das duas horas, na residência situada na Rua Doardino Longo, Bairro Barbosa Lage, na cidade de Juiz de Fora, os denunciados, agindo em união de desígnios com um indivíduo identificado como "C.", subtraíram, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e faca, após restringirem a liberdade da vítima R.L.M., vulgo "R.", os bens descritos no auto de apreensão e ainda um aparelho de DVD, um videocassete e um monitor de cinco polegadas.

Segundo o que se apurou, os denunciados e seu comparsa planejaram subtrair objetos da residência da vítima, dividindo as tarefas da seguinte forma: J.M. e C., de posse de um revólver, cor preta, e de uma faca, respectivamente, adentrariam na residência e subtraíam os objetos, enquanto “C.” ficaria vigiando a rua.

Consta ainda da peça acusatória que, depois de anunciado o assalto, mediante violência e grave ameaça, renderam a vítima e a trancaram em um cômodo da residência, enquanto os denunciados subtraíam os objetos que guarneciam a casa. Ato contínuo, os denunciados, de posse da *res*, evadiram-se do local, tomando rumo ignorado.

O processo foi desmembrado em relação ao acusado José Maurício de Oliveira, conforme certidão de f. 66.

Regularmente processado, ao final, sobreveio a r. sentença (f. 107-112), julgando parcialmente procedente a denúncia, para condenar C.R.S.M. como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, fixado no mínimo legal.

Inconformado com a r. sentença condenatória, a tempo e modo, interpôs o acusado regular recurso de apelação (f. 116). Em suas razões recursais (f. 119-126), alega a defesa, em preliminar, nulidade do processo, porquanto não foi concedido ao acusado o direito à entrevista reservada com o seu defensor nomeado no ato do interrogatório, impossibilitando-lhe, assim, o direito de exercer a autodefesa. No mérito, sustenta que não há nos autos prova suficiente para embasar a condenação do apelante, já que a vítima teria simulado o assalto; pugna pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Por fim, alega que o il. Sentenciante não observou o critério trifásico na aplicação das reprimendas e que a reincidência foi duplamente valorada.

Em contra-razões (f. 127-137), o Ministério Público de primeiro grau pugna pela manutenção da r. sentença hostilizada.

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, instada a se manifestar, em parecer da lavra do Dr. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva (f. 142-144), opina pelo acolhimento da preliminar argüida pela defesa e pelo conhecimento do recurso.

Sob a inspiração do breve, é o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Preliminar da defesa. *Ab initio* examino a preliminar de nulidade do processo, porquanto ao acusado não foi assegurado o direito à entrevista reservada com o defensor nomeado no ato do interrogatório.

Como sabido, entrou em vigor no dia 02 de dezembro de 2003 a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, alterando vários artigos do Código de Processo Penal, dentre eles, os arts. 185 e seguintes, incidindo na questão da defesa técnica (art. 261) e na citação do réu preso (art. 360), aqui, para determinar que, “se o réu estiver preso, será pessoalmente citado”, afastando a antiga discussão sobre tal necessidade ou sobre a regularidade da simples requisição ao diretor do estabelecimento penal.

Em verdade, abriu-se mais uma oportunidade de defesa ao acusado, e não unicamente um meio de prova.

Antes dispunha o artigo 185 do CPP: “O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado”.

Hoje, com a nova redação dada pela referida lei, dispõe o *caput* do artigo 185 do CPP: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.

Logo, como se vê, a nova regra assegura maior amplitude de defesa, na medida em que

passa a exigir que o interrogatório se realize na presença de defensor, constituído ou nomeado, não prevalecendo mais o posicionamento de que o interrogatório é ato exclusivo do juiz, embora esta tese tivesse sido combatida por vários doutrinadores.

Antes da Lei nº 10.792/03, não era exigido o defensor no ato do interrogatório, pois não havia previsão legal. Entretanto, este dispositivo foi modificado pela nova lei.

Hoje, determina o § 2º do art. 185 que: “Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor”.

Trata-se de uma obrigação, e não mera faculdade do juiz, pois a lei assegura ao acusado o direito de entrevista reservada, momento em que poderá receber orientação técnica de seu defensor, nomeado ou constituído, a lhe propiciar maior segurança e meios de defesa.

No caso vertente, verifica-se que o interrogatório do apelante ocorreu no dia 30 de março de 2005 (f. 64), estando em plena vigência a Lei nº 10.792/03.

Entretanto, embora estivesse em vigor a nova lei, ao acusado, além de não ter sido dado o direito de ser citado previamente para o interrogatório, não lhe foi concedido o direito de entrevista reservada com seu defensor *ad hoc*, impossibilitando-lhe, assim, o direito de exercer a autodefesa. Logo, restou violado o disposto no § 2º do art. 185 do CPP, que exige a presença do defensor do réu no interrogatório, bem como o direito à entrevista reservada.

Sobre o assunto, permito-me trazer à colação a orientação doutrinária:

A nulidade, pela não-observância do referido dispositivo, então, será absoluta, e não mais relativa, como nos parecia. Pensávamos tratar-se de nulidade relativa em razão de não haver - antes da Lei nº 10.792/03 - a possibilidade de intervenção da defesa no curso do interrogatório. Agora, como, além de garantida essa participação, condicionada unicamente

ao exame da pertinência e relevância das perguntas (art. 188, CPP), é também assegurado o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor (art. 185, § 2º, CPP), parece irrecusável a nulidade absoluta do processo por violação ao princípio da ampla defesa - participação da defesa técnica - explicitado nos dispositivos antes mencionados (Eugênio Pacelli de Oliveira. *Curso de Processo Penal* 5. ed., 2ª tir. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2005, p. 323).

Do direito do réu à entrevista prévia com o seu advogado. - O direito do réu entrevistar-se com seu advogado antes do interrogatório já era previsto no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é consignatário. Entretanto, alguns autores sempre entenderam que a entrevista prévia do defensor com seu cliente antes do interrogatório judicial não era obrigatória. Havia inclusive alguns julgados nesse sentido (TJSP *in* JTJ 227/355; TACRSP *in* RT 744/585).

Ocorre que, com o advento da Lei 10.792/2003, que acrescentou o § 2º ao art. 185 do CPP, tal discussão caiu por terra, pois o referido dispositivo legal claramente determina que o juiz deverá assegurar o direito de entrevista do acusado com seu defensor, antes da realização do interrogatório.

Note-se que a lei fala apenas que o “juiz assegurará o direito de entrevista reservada”, o que significa dizer que, se o réu e defensor não quiseram exercer tal direito, nenhuma nulidade haverá no processo.

Como se sabe, o interrogatório possui natureza mista, pois, além de servir como meio de prova, serve também como meio de autodefesa do acusado. É no interrogatório que o réu terá a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos, de modo que a entrevista do acusado com seu defensor, antes de ser interrogado, é medida de mais alta importância, pois um interrogatório bem feito pode muitas vezes conduzir a uma absolvição do acusado (Marcos Vinícius Linhares Constantino da Silva. *O que mudou no interrogatório após o advento da Lei nº 10.792/2003*. Texto disponível em: Jus Navigandi. Teresina, ano 8, n. 163, 16 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.em.br/doutrina/texto.asp?id=4615>> Acesso em: 10 nov. 2005).

No mesmo sentido, a orientação jurisprudencial:

Habeas corpus. Processual penal. Crime de homicídio duplamente qualificado. Ausência de defensor no interrogatório. Nulidade absoluta. Cerceamento de defesa. Constrangimento evidenciado. Sentença de pronúncia. Excesso de fundamentação. Análise prejudicada.

- 1. Conquanto não se vislumbre na espécie nenhum prejuízo efetivo para o réu, na medida em que se limitou a negar os fatos e a autoria, e, ainda que o fato seja atribuível à atitude do próprio paciente, que dispensou a entrevista prévia com o defensor dativo, motivando a realização do interrogatório sem a sua presença, cuida-se a providência *sub examine* de formalidade essencial corolária do princípio da ampla defesa e do devido processo legal.

- 2. Dessa forma, uma vez realizado o interrogatório sob a égide do mencionado regramento, já que o processo em tela teve início no ano de 2004, resta evidenciada a nulidade, a qual, por ser de natureza absoluta, não se convalida com a inércia das partes ou mesmo com a ausência de prejuízo concretamente aferível, ou ainda com a prolação da sentença, contaminando todos os atos decisórios a partir de então.

- 3. Resta, assim, prejudicada a análise de eventual excesso de fundamentação na pronúncia, tendo em vista a nulidade ora reconhecida.

- 4. Ordem parcialmente concedida para anular o interrogatório do réu, realizado sem a presença de seu defensor, e todos os atos decisórios a partir de então, mantendo, contudo, a custódia cautelar decretada (STJ, 5ª Turma, HC 44.417/MS, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, v.u., j. em 15.09.2005; in DJU de 10.10.2005, p. 407).

Após o advento da Lei nº 10.792/03, obrigatória é a presença do defensor do acusado, inclusive para fins de entrevista prévia com o réu. Art. 185, CPP. Não observado referido direito fundamental do agente, que se liga à ampla defesa e ao devido processo legal, há nítido prejuízo ao acusado, que não tem a faculdade de se ver melhor orientado acerca dos fatos delitivos, restando afirmada a nulidade do ato e dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência. Art. 563, CPP (TJMG, 4ª C.Crim., HC 446.716-7, Rel. Des. Edival José de Moraes, v.u., j. em 24.03.2004).

A Lei 10.792/2003 tornou obrigatória a presença do defensor no interrogatório do réu (art. 185 do CPP), inclusive assegurando

entrevista reservada antes do ato judicial, cuja realização não pode ficar ao critério do réu, que não tem capacidade técnica para dispensá-la e nem do processante, que não pode deixar de nomear advogado ao réu. Havendo excesso de prazo na formação da culpa, em face da anulação do processo, sem culpa da parte ré, impõe-se o relaxamento da prisão (TJMG, 1.ª C.Crim., EI nº 1.0878.03.002759-2/002(1), Rel. Des. Sérgio Braga, j. em 22.03.2005; in DJMG de 05.04.2005).

Portanto, a Lei nº 10.792/03, ao mudar a sistemática do interrogatório, transformou-o em meio de defesa, ensejando a obrigatória participação da defesa técnica, através do advogado constituído pelo acusado ou de defensor nomeado para patrocinar a sua defesa, assegurando-lhe o direito à entrevista reservada com o defensor que irá patrocinar sua defesa, sob pena de nulidade absoluta por afronta ao princípio da ampla defesa.

Outrossim, verifico que o apelante também não foi pessoalmente citado, conforme determina o art. 360 do Código de Processo Penal, ocorrendo, assim, nulidade absoluta do processo.

Com efeito, tendo a lei dado nova redação ao art. 360, todo acusado preso deverá ser citado pessoalmente. Assim, estando o acusado na sede da jurisdição da ação penal, sua citação será por mandado, e quando estiver em outra jurisdição, por precatória. Nesse sentido, manifesta a doutrina:

De agora em diante, com a nova redação do art. 360, todo réu preso, esteja onde estiver, deverá ser citado pessoalmente, por mandado (quando na sede da jurisdição da ação penal em curso) ou por precatória (quando em outra jurisdição) (Eugênio Pacelli de Oliveira. *Curso de Processo Penal*, 5. ed., 2ª tir., rev., ampl. e atual., Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2005, p. 467).

Ampla defesa e contraditório: essa causa de nulidade - ausência de citação - é corolário natural dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Naturalmente, sem ser citado ou se a citação for feita em desacordo com as normas processuais,

prejudicando ou cerceando o réu, é motivo para anulação do feito a partir da ocorrência do vício. Trata-se de nulidade absoluta (Guilherme de Souza Nucci. *Código de Processo Penal Comentado*, 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora RT, 2004, p. 837).

A jurisprudência, inclusive deste Tribunal de Justiça, assim se tem pronunciado:

Apelação criminal. Réu preso. Ausência de citação para interrogatório. Nulidade. Art. 360 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei nº 10.792/2003. - Com efeito, não se poderá agora admitir que o réu preso deverá ser simplesmente "requisitado", dispensando-se a apresentação do mandado de citação pessoal, como entendia a jurisprudência anterior à Lei nº 10.792/03, que modificou o art. 360 do CPP (TJMG, 2ª C.Crim., ApCrim nº 1.0261.04.028868-8/001(1), Rel.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, v.u., j. em 06.10.2005; *in* DJMG de 09.11.2005).

Processo penal. Réu preso. Citação pessoal. Ausência. Vício insanável. Nulidade absoluta. Reconhecimento de ofício. Anulação do feito desde a requisição. Inteligência dos artigos 360 e 564, III, e, ambos do CPP.

- A não-citação pessoal do réu recolhido ao cárcere, em atenção às determinações da nova redação do art. 360, CPP, constitui vício insanável, que acarreta o reconhecimento da nulidade absoluta do feito, desde a requisição, inclusive.

Processo anulado (TJMG, 5ª C.Crim., ApCrim nº 2.0000.00.493885-0/000, Rel. Des. Hélcio Valentim, v.u., j. em 16.08.2005).

Processual penal. Crime contra o patrimônio. Roubo majorado. Réus presos. Requisição. Imprescindibilidade do mandado. Ausência de citação válida. Nulidade absoluta.

- Em interrogatórios realizados após o advento da Lei 10.792/03, é imprescindível a citação do réu preso por mandado, não sendo a mesma suprida pelo seu simples comparecimento em Juízo, quando requisitado à autoridade policial, uma vez que tal conduta não lhe garante a ampla defesa e o contraditório naquele ato processual.

- Processo anulado, de ofício, a partir de f. 51, inclusive, e recomendação feita (TJMG, 5ª C.Crim., ApCrim nº 2.0000.00.511610-3/000, Rel.ª Des.ª Maria Celeste Porto, v.u., j. em 25.10.2005).

Logo, tendo entrado em vigor a Lei 10.792/03, estando o réu preso na sede da jurisdição da ação penal, sua citação será por mandado e, quando estiver em outra jurisdição, por precatória. Em ambos os casos, será acompanhado(a) de cópia da denúncia para ser entregue ao mesmo, dando-lhe prévio conhecimento do inteiro teor da acusação, sob pena de nulidade.

Sendo assim, não é mais aceitável que o acusado seja apenas cientificado da imputação que lhe é feita no momento em que é conduzido para seu interrogatório, por violação ao citado artigo 360 do CPP.

Deste modo, o acusado preso deverá ser citado pessoalmente, antes do ato do interrogatório e, somente depois, deverá ser requisitado junto à autoridade policial, para acompanhamento do interrogatório, possibilitando, contudo, a ampla defesa.

Portanto, os vícios aqui mencionados constituem hipótese de nulidade absoluta do processo, por violação ao princípio da ampla defesa, pois o apelante, além de não ter sido pessoalmente citado, não teve assegurado o direito de entrevista reservada com seu defensor.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, acolho a preliminar para anular o processo, a partir do interrogatório, inclusive, por não ter sido oportunizado ao apelante o direito à entrevista reservada com o defensor que lhe foi nomeado e por ausência de citação regular válida, devendo o mesmo ser pessoalmente citado por mandado ou precatória (art. 360, CPP), em ambos os casos, acompanhado(a) de cópia da denúncia para ser entregue ao mesmo, dando-lhe prévio conhecimento do inteiro teor da acusação. Por ocasião do novo interrogatório, na hipótese de o acusado não ter condições de contratar um causídico, que lhe seja nomeado defensor público, assegurando-lhe o direito de entrevista reservada com o defensor nomeado antes da realização do interrogatório.

Por fim, a prevalecer este entendimento na douta Turma Julgadora, anular o processo desde o interrogatório, inclusive, resulta em

excesso de prazo na instrução, razão por que, em *habeas corpus* de ofício, concedo ao apelante a liberdade provisória, mediante compromisso de comparecer a todos os atos do processo, expedindo-se alvará de soltura em favor do mesmo, se por al não estiver preso.

É como voto.

O Sr. Des. *Vieira de Brito* - De acordo.

O Sr. Des. *Hélcio Valentim* - No julgamento do presente recurso, acompanho o voto do ilustre Relator. Todavia, não posso fazê-lo sem deixar registrada uma ressalva em meu posicionamento.

Ao meu modesto sentir, a não-observância do disposto no § 2º do art. 185 do CPP é nulidade relativa, não absoluta.

Não me assombram dúvidas de que a ausência de advogado na audiência de interrogatório e de que a falta de citação regular do réu, ainda que preso e requisitado, são nulidades absolutas, mas não admito, lado outro, que se tenha por absoluta, também, a nulidade que decorra do descumprimento do disposto no citado § 2º do art. 185 do CPP, desde que presente à audiência o defensor.

José Theodoro Corrêa de Carvalho, Promotor de Justiça em Brasília, Professor de Direito Processual e membro da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, em artigo disponível na internet, com lógica, tem a entrevista com o advogado como um direito do réu, não um dever. Escreveu Sua Exa.:

Quanto à entrevista prévia, não exige a lei que a mesma seja realizada, tratando-se, em verdade, de direito (e não dever) do réu a possibilidade de entrevistar-se com seu patrono antes da realização do ato. Se já tiverem conversado em data pretérita ou se não quiser o réu exercer esse direito, nada obsta que o interrogatório seja realizado sem a entrevista imediatamente anterior à sua oitiva (www1.jus.com.br/doutrina).

É verdade!

Impossível admitir a hipótese de o interrogatório não se realizar porque o réu se nega a entrevistar-se com advogado, o que torna o ato mera faculdade, decorrendo daí a conclusão lógica de que a nulidade é mesmo relativa.

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, já enfrentou situação semelhante, quando firmou:

O réu tem direito a aconselhar-se com terceiro, inclusive advogado, para orientá-lo para a explicação verbal. Cumpre evitar a surpresa. O réu poderá, sem qualquer censura, dar a versão que lhe pareça melhor, tem direito à mentira porque não é obrigado a auto-acusar-se. Urge, entretanto, atender à finalidade do instituto: impedir prejuízo para o acusado. Se o interrogatório não prejudicou o réu, não faz sentido declarar a nulidade (STJ - REsp 54781-4 - Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro - DJU de 26.02.1996, p. 4.093).

Já reconhecendo o direito que viria a ser escrito muitos anos depois, o destacado Min. Cernicchiaro analisou o instituto com o acerto de sempre, concluindo que ele deve servir a evitar prejuízo ao acusado.

Difícil não lembrar, ainda, o teor do Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

No caso específico, contudo, acompanho o voto do eminente Desembargador Relator, uma vez que a não-realização de entrevista prévia derivou da ausência de citação pessoal, e este último fator, como dito, constitui nulidade absoluta.

É como voto.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DA DEFESA E ANULARAM O PROCESSO DESDE O INTERROGATÓRIO, INCLUSIVE.

-:~:-