

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 75.716 - MG (2016/0237332-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : ██████████

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM AUDIÊNCIA. PEDIDO DE PRONUNCIAMENTO DA DEFESA INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE URGÊNCIA E DE PREJUÍZO AO PROCESSO, A DESAUTORIZAREM A PARTICIPAÇÃO DEFENSIVA. EXIGÊNCIA DO CONTRADITÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 283, § 3º DO CPP. RECURSO PROVIDO.

1. A reforma do Código de Processo Penal ocorrida em 2011, por meio da Lei nº 12. 403/11, deu nova redação ao art. 282, § 3º, do Código, o qual passou a prever que, "ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo."

2. A providência se mostra salutar em situações excepcionais, porquanto, "[...] ouvir as razões do acusado pode levar o juiz a não adotar o provimento limitativo da liberdade, não só no caso macroscópico de erro de pessoa, mas também na hipótese em que a versão dos fatos fornecida pelo interessado se revele convincente, ou quando ele consiga demonstrar a insubsistência das exigências cautelares" (AIMONETTO, M. G. *Le recenti riforme della procedura penale francese – analisi, riflessioni e spunti di comparazione*. Torino: G. Giappichelli, 2002, p. 140).

3. Injustificável a decisão do magistrado que, em audiência, não permite à defesa se pronunciar oralmente sobre o pedido de prisão preventiva formulado pelo agente do Ministério Público, pois não é plausível obstruir o pronunciamento da defesa do acusado, frente à postulação da parte acusadora, ante a ausência de prejuízo ou risco, para o processo ou para terceiros, na adoção do procedimento previsto em lei.

Superior Tribunal de Justiça

4. Ao menos por prudência, deveria o juiz ouvir a defesa, para dar-lhe a chance de contrapor-se ao requerimento, o que não foi feito, mesmo não havendo, neste caso específico, uma urgência tal a inviabilizar a adoção dessa providência, que traduz uma regra básica do direito, o contraditório, a bilateralidade da audiência.

5. Mesmo partindo do princípio de que o decreto preventivo esteja motivado idoneamente, é o caso de o Superior Tribunal de Justiça afirmar a necessidade de que, em casos excepcionais, pelo menos quando decretada em audiência, com a presença do advogado do acusado, seja ele autorizado a falar, concretizando o direito de interferir na decisão judicial que poderá implicar a perda da liberdade do acusado.

6. Recurso provido, para assegurar ao recorrente o direito de responder à ação penal em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, nos termos da lei.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro dando provimento ao recurso, e da reconsideração do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior no mesmo sentido, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão. Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Nefi Cordeiro. Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2016

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 75.716 - MG (2016/0237332-9)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
RECORRENTE : ████████████████████
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por ████████████████████ contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (HC n.º 1.0000.16.035871-9/000).

O recorrente foi preso em flagrante, em 12.2.2011, pelo suposto cometimento de tráfico de drogas e associação. No entanto, o flagrante não foi ratificado (fls. 226/227). Sobreveio denúncia (fls. 13/15).

O recorrente foi citado por edital, suspendendo-se o processo, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal.

Em audiência, realizada em 13.5.2016, o magistrado decretou sua prisão preventiva.

Impetrado o prévio *mandamus*, a ordem foi denegada, *in verbis* (fls. 261/267):

Presentes os pressupostos de admissibilidade, deve o presente *writ* ser conhecido.

- Da declaração de Nulidade

Inicialmente, almeja a Impetrante a declaração de nulidade da decisão que decretou a Prisão Preventiva do Paciente, por suposta violação ao Princípio do Contraditório.

Ressalta-se, contudo, que o mero fato da Magistrada Singular não ter dado a palavra à Defesa para se manifestar após o pedido ministerial de decretação da prisão preventiva, asseverando a ausência de previsão legal, não constitui violação ao Princípio do Contraditório.

Isto porque, na própria Audiência de Instrução e Julgamento, foi oportunizado à Defesa que se manifestasse anteriormente e, com relação ao específico pedido de decretação da prisão preventiva (porquê acolhido), possui outros meios para impugná-lo, como pedido de Revogação da Prisão Preventiva.

- Do pedido de Revogação da Prisão Preventiva

Almeja a Impetrante a Revogação da prisão da Prisão Preventiva do Paciente ao argumento de que a decisão que a decretou, com fundamento no art. 366 do Código de Processo Penal, carece de fundamentação.

A pretensão não merece acolhida.

A presente impetração veio instruída com cópia da Denúncia (fls. 08/10-TJ), do APFD (fls. 11/20-TJ), do despacho que deixou de ratificar a prisão em flagrante (fls. 21/22-TJ), do Mandado de Notificação, não cumprido (fls. 83/84-TJ), da citação por edital (fls. 85/86-TJ), da Defesa Preliminar (fl.

Superior Tribunal de Justiça

138-TJ), do recebimento da Denúncia (fl. 139/139v-TJ), da CAC do Paciente (fls. 143/144-TJ) e da ata da Audiência de Instrução e Julgamento (fls. 164/165-TJ).

Extrai-se da Denúncia (fls. 08/10-TJ) que, em 11.02.2011, durante operação policial denominada "Buraco Quente", na cidade de Belo Horizonte, Policiais Militares realizaram cerco, oportunidade em que, supostamente, visualizaram o Paciente gritar "Galo Doido".

Narra a exordial acusatória (fls. 08/10-TJ) que a expressão em tese gritada pelo Paciente configura terminologia comumente utilizada na prática do tráfico de drogas, para informar a presença policial.

Consta da Denúncia (fls. 08/10-TJ) que, em razão do suposto grito do Paciente, o corréu Guilherme teria dispensado um material, que posteriormente verificou-se tratar de cocaína.

Em razão de tais fatos, o Paciente e corréu foram presos em flagrante delito (APFD, fls. 11/20-TJ). Contudo, deixou a autoridade policial de ratificar o flagrante (fls. 21/22-TJ), nos seguintes termos:

"(...)Considerando, ademais, que não foram arrecadados quaisquer objetos ilícitos com os acusados;

Considerando, ainda, que os policiais militares que conduziram os presos a esta unidade policial não foram os mesmos responsáveis por sua prisão;

(...)

Deixo de ratificar as prisões em flagrante delito de Guilherme Vinícius Gonçalves Machado e [REDACTED] (...)" (fl. 21-TJ)

Após o oferecimento da Denúncia, em atenção ao rito especial previsto na Lei 11.343/06, determinou o Magistrado Singular a notificação dos acusados, para que apresentassem Defesa Preliminar, no prazo de 10 (dez) dias (fl.79-TJ).

Em virtude do não cumprimento do Mandado de Notificação do Paciente, por encontrar-se em local incerto e não sabido (fls. 83/84-TJ), determinou o Magistrado Singular a citação por edital (fls. 85-86-TJ).

Decorrido o prazo legal para apresentação da Defesa Preliminar, ausente manifestação nos autos, foram os autos encaminhados à Defensoria Pública, que apresentou a respectiva peça defensiva (fl. 138-TJ).

Recebida a Denúncia, em 08.10.2013, designou o Magistrado Singular Audiência de Instrução e Julgamento para 13.05.2016 (fl. 139/139v-TJ).

Extrai-se da Ata da Audiência de Instrução e Julgamento (fls. 164/165-TJ) que, iniciada a sessão, manifestou-se a Defesa pela suspensão do Processo, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, aduzindo:

"(...)MM. Juíza, o acusado [REDACTED] foi denunciado pelos delitos previstos nos art. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06. Ocorre que, não sendo encontrado para notificação, este foi notificado por edital, sendo então oferecida defesa prévia. Ao entender da Defesa, a instrução não deve prosseguir em relação ao acusado [REDACTED], sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. Com efeito, o art. 366 do Código de Processo Penal determina que, citado o acusado por edital e diante de seu não comparecimento, o processo deve ser suspenso, bem como o curso do prazo prescricional. Tampouco é cabível, no caso em comento, a produção antecipada de provas em relação ao acusado. Com efeito, a suspensão do processo, na forma do art. 366 do CPP, não implica, de maneira automática, na produção antecipada de provas, devendo a medida ser adotada em hipóteses excepcionais (...)" (fl. 164/164v-TJ)

Em seguida, foi dada a palavra ao representante do Ministério Público, que pugnou pela decretação da prisão preventiva do Paciente, também com

fundamento no art. 366 do Código de Processo Penal (fls. 164/165-TJ), argumentando: "(...)MM. Juíza, nos termos do art. 366 do CPP; o Ministério Público requer a Decretação da Prisão Preventiva do réu [REDACTED] considerando ainda que estão presentes os pressupostos e requisitos da Prisão Preventiva, notadamente, por garantia da ordem pública, uma vez que o denunciado possui condenações por tráfico de drogas e furto, conforme fls. 137/141, sendo altamente plausível que continue a se dedicar ao crime, em liberdade. (...) " (fl. 164v-TJ)

Após o pedido ministerial, a Defesa requereu a palavra, o que restou indeferido pela Magistrada Singular "por falta de amparo legal" (fl. 164v-TJ).

Ainda, deferiu a Magistrada Singular o pedido de decretação da prisão preventiva do Paciente com fundamento no art. 366 do Código de Processo Penal (fls. 164/165-TJ), asseverando:

"(...) O corréu [REDACTED] não foi notificado sobre os termos desta ação, eis que não foi encontrado no endereço fornecido por ele próprio na oportunidade da lavratura do APF. Considerando-se ser dever do acusado manter o seu endereço atualizado nos autos e, sobretudo à vista da certidão de antecedentes criminais que indica a sua condenação anterior por crime idêntico a este apurado nos autos, além de outras espécies (fls. 137/141) acolho o pedido do Ministério Público para decretar a prisão preventiva em desfavor de referido corréu, para garantia da ordem pública, mediante a correta instrução processual e consequente aplicação da Lei Penal (...) " (fl. 164v-TJ)

Verifica-se, portanto, que a prisão do Paciente encontra-se fundamentada pelo artigo 366 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Com relação à possibilidade de decretação da prisão preventiva com fundamento no art. 366 do Código de Processo Penal, destaco a doutrina de Guilherme de Souza Nucci: "(...)não deve ser decretada automaticamente, sem o preenchimento dos requisitos demandados pelo art. 312. (...)Mas, notando o magistrado que a citação por edital ocorreu justamente porque o acusado fugiu do distrito da culpa, é natural que possa ser decretada a prisão cautelar. (...) "Código Penal Comentado, 14ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, p.765)

Tem-se, no caso em apreço, que a decisão que decretou a Prisão Preventiva do Paciente se encontra devidamente fundamentada, vez que, após ser citado por edital, deixou o Paciente de se apresentar em juízo ou constituir advogado no prazo previsto na Decisão, encontrando-se foragido.

E, por fim, ressaltou ainda a autoridade ora apontada como coatora, que o Paciente possui outras condenações, inclusive pelo mesmo delito que ora lhe é imputado. Neste sentido, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal a segregação cautelar se faz necessária para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Por tais fundamentos, DENEGO A ORDEM.

Sustenta, inicialmente, cerceamento de defesa, haja vista que o magistrado de primeiro grau, em audiência, diante do pedido ministerial de prisão preventiva, impediu

Superior Tribunal de Justiça

a manifestação da Defesa.

Defende, também, a ilegalidade da prisão preventiva. Argumenta que "o recorrente não possui qualquer obrigação de manter seu endereço atualizado nos autos", pois não está vinculado ao distrito da culpa, já que sua prisão não foi ratificada e sequer houve indiciamento.

Entende que não estão presentes os requisitos da prisão cautelar. Ressalta que não foram esgotados os meios para a localização do recorrente. Foi expedido um único mandado para sua localização. E havia no banco de dados do Infoseg dois endereços vinculados ao recorrente.

Destaca o entendimento jurisprudencial no sentido de que a mera arguição de estar o réu em local incerto e não sabido não justifica a prisão cautelar. Assevera tratar-se de delito cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Aduz que os fatos ocorreram há mais de 5 anos, sendo que na ocasião sequer foi ratificado o flagrante em desfavor do recorrente. Portanto, ele desconhece a existência de processo criminal.

Requer, liminarmente, a suspensão do mandado prisional. No mérito, pugna para que seja anulada a ação penal desde o ato que impediu a manifestação da defesa, recolhendo-se o mandado de prisão. Alternativamente, busca a revogação da custódia preventiva.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 305-309.

As informações foram juntadas às fls. 320-353.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 358-366, da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario Luiz Bonsaglia, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 75.716 - MG (2016/0237332-9)

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A questão trazida a deslinde abarca o exame acerca da fundamentação empregada no encarceramento cautelar do recorrente.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

In casu, impende registrar o teor do decreto prisional:

O corréu [REDACTED] não foi notificado sobre os termos desta ação, eis que não foi encontrado no endereço fornecido por ele próprio na oportunidade da lavratura do APF. Considerando-se ser dever do acusado manter o seu endereço atualizado nos autos e, sobretudo, à vista da certidão de **antecedentes criminais que indica a sua condenação anterior por crime idêntico a este apurado nos autos, além de outras espécies (fls. 137/141)** acolho o pedido do Ministério Público para decretar a prisão preventiva em desfavor de referido corréu, para garantia da ordem pública, mediante a correta instrução processual e consequente aplicação da Lei Penal. Expeça-se o competente mandado. (fl. 250).

Verifica-se, pois, que a custódia cautelar foi decretada para o resguardo da ordem pública, em razão da suposta prática, pelo recorrente, do crime de tráfico ilícito de drogas e respectiva associação, tendo em vista a reiteração delituosa (crime de tráfico e outros), o que confere lastro de legitimidade à medida extrema, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior.

Ademais, notabiliza-se que a prisão preventiva foi decretada não apenas pela não localização do recorrente, mas "sobretudo, à vista da certidão de antecedentes criminais que indica a sua condenação anterior por crime idêntico a este apurado nos autos, além de outras espécies", motivação concreta e que não evidencia ilegalidade.

Confira-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ARTS. 157, § 2º, I E II, DO CP E 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/2003. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. EXISTÊNCIA DE REGISTRO CRIMINAL ANTERIOR EM DESFAVOR DO RECORRENTE. ILEGALIDADE INEXISTENTE.

1. Não há ilegalidade na prisão preventiva decretada para a garantia da ordem pública com fundamento na gravidade concreta do delito e no risco de reiteração delitiva.

2. Recurso em *habeas corpus* improvido.

(RHC 52.559/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA

Superior Tribunal de Justiça

TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 20/02/2015)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na reiteração delitiva, não há que se falar em ilegalidade a justificar a concessão da ordem de *habeas corpus*.

2. *Habeas corpus* denegado.

(HC 245.053/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 13/02/2015)

Assim, dada as particularidades acima citadas, indicativas da necessidade do encarceramento, penso ser inviável a liberação do recorrente, visto que existente fundamentação idônea da cautelaridade.

Por fim, não merece guarida o pleito da defesa relativo à nulidade (vista que o magistrado de primeiro grau, em audiência, diante do pedido ministerial de prisão preventiva, impediu a manifestação da Defesa).

Colhe-se do aresto impugnado:

Inicialmente, almeja a Impetrante a declaração de nulidade da decisão que decretou a Prisão Preventiva do Paciente, por suposta violação ao Princípio do Contraditório.

Ressalta-se, contudo, que o mero fato da Magistrada Singular não ter dado a palavra à Defesa para se manifestar após o pedido ministerial de decretação da prisão preventiva, asseverando a ausência de previsão legal, não constitui violação ao Princípio do Contraditório.

Isto porque, na própria Audiência de Instrução e Julgamento, foi oportunizado à Defesa que se manifestasse anteriormente e, com relação ao específico pedido de decretação da prisão preventiva (porquê acolhido), possui outros meios para impugná-lo, como pedido de Revogação da Prisão Preventiva. (fl. 264).

Com efeito, esta Corte Superior de Justiça firmou compreensão no sentido de que a decretação da prisão preventiva dispensa um prévio contraditório, em situação de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, nos termos do disposto no artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO E RESISTÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO PRÉVIO. RECURSO DESPROVIDO.

1. **A orientação desta Corte está sedimentada no sentido de que a decretação da prisão preventiva prescinde da realização de um contraditório prévio, haja vista o art. 282, § 3º, do Código de Processo Penal mitigar tal exigência no caso de urgência ou de**

perigo de ineficácia da medida.

2. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 71.371/BA, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 01/08/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PECULATO, CORRUPÇÃO PASSIVA E DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AMEAÇA ÀS TESTEMUNHAS. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL INAPLICABILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* DESPROVIDO.

1. **Consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior o comando inserto no § 3º do art. 282 do Código de Processo Penal - CPP, o qual impõe o contraditório prévio, não se aplica, em regra, aos casos de decreto de prisão preventiva, ante sua natureza emergencial, mas tão somente às medidas cautelares diversas da prisão, podendo o magistrado, inclusive, decretar a constrição cautelar de ofício no curso do processo. Precedentes.**

2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do Código de Processo Penal - CPP. No caso dos autos, estão presentes elementos concretos a justificar a imposição da segregação antecipada. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam demonstrada a periculosidade do recorrente, evidenciada pelo fato de ter ameaçado e coagido testemunhas para modificar os depoimentos prestados, com o intuito de inocentá-lo. Nesse contexto, a prisão processual em debate está devidamente fundamentada na conveniência da instrução criminal. Noutro ponto, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não impede a decretação da prisão preventiva, notadamente se há nos autos elementos suficientes para justificar a cautela.

Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

(RHC 71.289/MT, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO PRÉVIO. OFENSA AO ART. 282, § 3º, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. RECURSO DESPROVIDO.

- **A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que a regra do art. 282, § 3º, do CPP não se aplica ao decreto de prisão preventiva, ante sua natureza emergencial, mas tão somente às medidas cautelares diversas da prisão, podendo o magistrado, inclusive, decretar a constrição cautelar de ofício no curso do processo, nos termos do art. 311 do CPP. Precedentes.**

Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

(RHC 41.459/BA, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO

Superior Tribunal de Justiça

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA,
julgado em 21/05/2015, DJe 29/05/2015)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. NULIDADES. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA CITAÇÃO. VÍCIO SANADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DESNECESSIDADE. LAUDO PERICIAL REALIZADO COM BASE EM EXAME PARTICULAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - "A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em seu art. 5.º, inc. III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação" (CC n. 100.654/MG, Terceira Seção, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 13/5/2009).

II - No que se refere à nulidade da citação, o juízo de origem reconheceu o equívoco em relação à realização da citação por hora certa, anulando o ato e determinando a citação por edital, não se constatando prejuízo para a defesa. **III - Ao juiz é dado decretar a prisão preventiva, inclusive de ofício, quando no curso do processo, consoante se depreende da leitura do art. 311, do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal pela ausência de intimação da defesa.**

IV - Quanto à nulidade do laudo pericial, realizado com base em exame particular, não houve pronunciamento sobre o tema por parte do eg. Tribunal a quo, de modo que não é possível ao Superior Tribunal de Justiça conhecer pela vez primeira de matéria não debatida nas instâncias ordinárias, sob pena de indevida supressão de instância.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 51.303/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,
julgado em 09/12/2014, DJe 18/12/2014)

Dessarte, não se vislumbra a incidência da nulidade alegada pela defesa.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

É como voto.

foram os autos enviados ao Ministério Público Federal, que oficiou pelo desprovimento do recurso (fls. 358-366).

É o relato.

A reforma do Código de Processo Penal, ocorrida em 2011 por meio da Lei 12.403/11, inovou sensivelmente o trato jurídico das medidas cautelares pessoais.

Entre essas novidades, previu-se, no art. 282, § 3º, que, "ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo."

Assinalo que esse dispositivo sempre foi objeto de discussão doutrinária, ante a dificuldade de imaginar-se como integrante do processo decisório, para a imposição de medida cautelar pessoal, a prévia oitiva do sujeito passivo da medida.

É que, entre nós, a atividade processual direcionada à decretação de uma prisão preventiva sempre se afastou, por completo, da possibilidade de permitir ao sujeito passivo da medida exercer um contraditório antecipado sobre essa decisão. Em outras palavras, a decretação de uma prisão preventiva parece não se ajustar à ideia de que o destinatário da ordem judicial - o acusado - possa ter a oportunidade de opor-se à medida antes que ela se ultime.

A explicação é simples: a natureza cautelar e, conseqüentemente, urgente da cautela pessoal, bem assim a necessidade de conferir imediata proteção de um bem jurídico, ou mesmo de uma pessoa, sob pena de manter-se uma situação de risco à liberdade do investigado ou acusado, não autorizam que se adie a decisão que decreta a custódia cautelar. Outrossim, soa razoável inferir que o conhecimento prévio da ordem judicial de prisão pode, em muitos casos, frustrar a eficácia da medida, tornando-a inócua em razão da consumação da lesão ao bem jurídico protegido.

Sem embargo, alguns países vêm modificando seus códigos de processo penal para introduzir a possibilidade de um contraditório antecipado em relação às medidas cautelares pessoais.

A França, pioneira nessa iniciativa, efetuou tal inovação quando estabeleceu, por meio da Lei 2000-516, de 15/6/2000, novo procedimento

relativo ao instituto da *détention provisoire* – conforme disposto no art. 145 do Código de Processo Penal da francês – e das medidas cautelares em geral.

A Espanha seguiu o exemplo francês, adotando mecanismo similar por meio do art. 505 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (atualizada pelas leis L.O. 13/2003, de 24 de outubro, em matéria de prisão provisória, e pela Ley 41/2015, de 5 de outubro, para a agilização da justiça penal e o fortalecimento das garantias processuais), que previu audiência em que "el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza", determinando que para tal ato seja intimado o imputado, "que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio".

Na Itália, a seu turno, prevê-se a realização de um interrogatório "di garanzia", assegurando-se ao acusado, após ser preso, o direito de ser conduzido à presença do juiz que decretou a cautela pessoal, no prazo máximo de cinco dias após o início da execução da medida (artigo 294 do CPP).

É chegado, creio, o momento de também no Brasil observar-se similar orientação, desde que, como o próprio texto normativo ressalva, não haja prejuízo à efetivação da medida cautelar.

E o presente caso reclama a incidência do dispositivo citado, porque o acusado, que respondia ao processo em liberdade, teve a prisão decretada na audiência de instrução e julgamento, em decisão repentina, adotada ao término do ato processual.

Examinando o caso, não posso deixar de concluir que beira ao autoritarismo a decisão do magistrado que, em uma audiência, não permite à defesa se pronunciar oralmente sobre o pedido de prisão preventiva formulado pelo agente do Ministério Público. Ainda que se tenha como fundamentada a decisão, não vislumbro qualquer justificativa plausível para a conduta judicial de obstruir qualquer pronunciamento da defesa do acusado, frente à postulação da parte acusadora, como também não identifico nenhum prejuízo ou risco, para o processo ou para terceiros, na adoção do procedimento previsto em lei.

Diante do que informam os autos, vejo-me impelido a entender que, ao menos por prudência, deveria o juiz ouvir a defesa, para dar-lhe a chance de contrapor-se ao requerimento ministerial. Isso não foi feito. E não percebo, neste caso específico, uma urgência tal a inviabilizar a adoção da alvitrada providência, que traduz uma regra básica do direito, o contraditório, a bilateralidade da audiência.

Superior Tribunal de Justiça

Então, neste caso, não se trata de saber se a decisão é ou não fundamentada, e, sim, se ela observou o procedimento previsto em lei.

Mesmo partindo do princípio de que o decreto preventivo esteja motivado idoneamente, trata-se de o STJ afirmar a necessidade de que, em casos tais, ou seja, quando decretada a prisão cautelar em audiência, com a presença do advogado do réu, seja ele autorizado a previamente falar sobre o pedido que vai implicar a perda da liberdade do acusado.

Vale a lembrança da lição de AIMONETTO - a quem aludo em texto de minha lavra - no sentido de que a providência, aparentemente esdrúxula em tema de prisão cautelar, possui algumas vantagens, porquanto, como assinala, "[...] é inegável que ouvir as razões do acusado pode levar o juiz a não adotar o provimento limitativo da liberdade, não só no caso macroscópico de erro de pessoa, mas também na hipótese em que a versão dos fatos fornecida pelo interessado se revele convincente, ou quando ele consiga demonstrar a insubsistência das exigências cautelares" (AIMONETTO, M. G. *Le recenti riforme della procedura penale francese – analisi, riflessioni e spunti di comparazione*. Torino: G. Giappichelli, 2002, p. 140).

À vista do exposto, **dou provimento** ao recurso, para assegurar ao recorrente o direito de responder à ação penal em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, se efetivamente demonstrada a sua necessidade e a observância dos termos da lei.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2016/0237332-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 75.716 / MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024111223632 03587190620168130000 10000160358719000 10000160358719001
2985656972013

EM MESA

JULGADO: 17/11/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ANA BORGES COELHO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : [REDACTED]
ADVOGADO : DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU : GUILHERME VINÍCIUS GONÇALVES MACHADO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

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

Após o voto da Sra. Ministra Relatora negando provimento ao recurso, sendo acompanhada pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro, e o voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 75.716 - MG (2016/0237332-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

RECORRENTE : [REDACTED]

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO:

O feito foi assim sumariado pela Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus, com pedido liminar, interposto por [REDACTED] contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (HC n. 1.0000.16.035871-9/000).

O recorrente foi preso em flagrante, em 12.2.2011, pelo suposto cometimento de tráfico de drogas e associação. No entanto, o flagrante não foi ratificado (fls. 226/227). Sobreveio denúncia (fls. 13/15).

O recorrente foi citado por edital, suspendendo-se o processo, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal.

Em audiência, realizada em 13.5.2016, o magistrado decretou sua prisão preventiva.

Impetrado o prévio mandamus, a ordem foi denegada, in verbis (fls. 261/267):

Presentes os pressupostos de admissibilidade, deve o presente writ ser conhecido.

- Da declaração de Nulidade

Inicialmente, almeja a Impetrante a declaração de nulidade da decisão que decretou a Prisão Preventiva do Paciente, por suposta violação ao Princípio do Contraditório.

Ressalta-se, contudo, que o mero fato da Magistrada Singular não ter dado a palavra à Defesa para se manifestar após o pedido ministerial de decretação da prisão preventiva, asseverando a ausência de previsão legal não constitui violação ao Princípio do Contraditório.

Isto porque, na própria Audiência de Instrução e Julgamento, foi oportunizado à Defesa que se manifestasse anteriormente e, com relação ao específico pedido de decretação da prisão preventiva (porquê acolhido), possui outros meios para impugná-lo, como pedido de Revogação da Prisão Preventiva.

- Do pedido de Revogação da Prisão Preventiva

Almeja a Impetrante a Revogação da prisão da Prisão Preventiva do Paciente ao argumento de que a decisão que a decretou, com fundamento no art 366 do Código de Processo Penal, carece de fundamentação.

A pretensão não merece acolhida.

A presente impetração veio instruída com cópia da Denúncia (fls. 08/10-TJ), do APFD (fls. 11/20-TJ), do despacho que deixou de ratificar a prisão em flagrante (fls. 21/22-TJ), do Mandado de Notificação, não cumprido (fls. 83/84-TJ), da citação por edital (fls. 85/86-TJ), da Defesa Preliminar (fl. 138-TJ), do recebimento da Denúncia (fl. 139/139v-TJ), da CAC do Paciente (fls. 143/144-TJ) e da ata da Audiência de Instrução e Julgamento (fls. 164/165-TJ).

Extrai-se da Denúncia (fls. 08/10-TJ) que, em 11.02.2011, durante operação policial denominada "Buraco Quente", na cidade de Belo Horizonte, Policiais Militares realizaram cerco, oportunidade em que, supostamente, visualizaram o Paciente gritar "Galo Doido".

Narra a exordial acusatória (fls. 08/10-TJ) que a expressão em tese gritada pelo Paciente configura terminologia comumente utilizada na prática do tráfico de drogas, para informar a presença policial.

Consta da Denúncia (fls. 08/10-TJ) que, em razão do suposto grito do Paciente, o corréu Guilherme teria dispensado um material, que posteriormente verificou-se tratar de cocaína.

Em razão de tais fatos, o Paciente e corréu foram presos em flagrante delito (APFD, fls. 11/20-TJ). Contudo, deixou a autoridade policial de ratificar o flagrante (fls. 21/22-TJ), nos seguintes termos:

"(...) Considerando, ademais, que não foram arrecadados quaisquer objetos ilícitos com os acusados. Considerando, ainda que os policiais militares que conduziram os presos a esta unidade policial não foram os mesmos responsáveis por sua prisão;

(...) Deixo de ratificar as prisões em flagrante delito de Guilherme Vinícius Gonçalves Machado e [REDACTED] [REDACTED] (...) (fl. 21-TJ)

Após o oferecimento da Denúncia, em atenção ao rito especial previsto na Lei 11.343/06, determinou o Magistrado Singular a notificação dos acusados, para que apresentassem Defesa Preliminar, no prazo de 10 (dez) dias (fl. 79-TJ).

Em virtude do não cumprimento do Mandado de Notificação do Paciente, por encontrar-se em local incerto e não sabido (fls. 83/84-TJ), determinou o Magistrado Singular a citação por edital (fls. 85-86-TJ).

Decorrido o prazo legal para apresentação da Defesa Preliminar, ausente manifestação nos autos, foram os autos encaminhados à Defensoria Pública, que apresentou a respectiva peça defensiva (fl. 138-TJ).

Recebida a Denúncia, em 08.10.2013, designou o Magistrado Singular Audiência de Instrução e Julgamento para 13.05.2016 (fl. 139/139v-TJ).

Extrai-se da Ata da Audiência de Instrução e Julgamento (fls. 164/165-TJ) que, iniciada a sessão, manifestou-se a Defesa pela suspensão do Processo, nos termos do art. 366 do Código de Processo, aduzindo:

"(...) MM Juíza, o acusado [REDACTED] foi denunciado pelos delitos

previstos nos art 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06. Ocorre que, não sendo encontrado para notificação, este foi notificado por edital, sendo então oferecida defesa prévia. Ao entender da Defesa, a instrução não deve prosseguir em relação ao acusado [REDACTED] sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. Com efeito, o art. 366 do Código de Processo Penal determina que, citado o acusado por edital e diante de seu não comparecimento o processo deve ser suspenso, bem como o curso do prazo prescricional. Tampouco é cabível, no caso em comento, a produção antecipada de provas em relação ao acusado. Com efeito, a suspensão do processo, na forma do art 366 do CPP, não implica, de maneira automática, na produção antecipada de provas, devendo a medida ser adotada em hipóteses excepcionais (..)" (fl. 164/164v-TJ).

Em seguida, foi dada a palavra ao representante do Ministério Público, que pugnou pela decretação da prisão preventiva do Paciente, também com fundamento no art. 366 do Código de Processo Penal (fls. 164/165-TJ), argumentando:

"(...) MM. Juíza, nos termos do art 366 do CPP, o Ministério Público requer a Decretação da Prisão Preventiva do réu [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] considerando ainda que estão presentes os pressupostos e requisitos da Prisão Preventiva, notadamente, por garantia da ordem pública, uma vez que o denunciado possui condenações por tráfico de drogas e furto; conforme fls-137/141, sendo altamente plausível que continue a se dedicar ao crime em liberdade. (...)" (fl. 164v-TJ)

Após o pedido ministerial, a Defesa requereu a palavra, o que restou indeferido pela Magistrada Singular "por falta de amparo legal" (fl. 164v-TJ).

Ainda, deferiu a Magistrada Singular o pedido de decretação da prisão preventiva do Paciente com fundamento no art. 366 do Código de Processo Penal (fls. 164/165-TJ), asseverando:

"(...) O corréu [REDACTED] não foi notificado sobre os termos desta ação, eis que não foi encontrado no endereço fornecido por ele próprio na oportunidade da lavratura do APF. Considerando-se ser dever do acusado manter o seu endereço atualizado nos autos e, sobretudo à vista da certidão de antecedentes criminais que indica a sua condenação anterior por crime idêntico a este apurado nos autos, além de outras espécies (fls 137/141) acolho o pedido do Ministério Público para decretar a prisão preventiva em desfavor de referido corréu, para garantia da ordem publica, mediante a correta instrução processual e conseqüente aplicação da Lei Penal (...)" (fl. 164v-TJ).

Verifica-se, portanto, que a prisão do Paciente encontra-se fundamentada pelo artigo 366 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 366. Se o acusado, atado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art 312.

Superior Tribunal de Justiça

Com relação à possibilidade de decretação da prisão preventiva com fundamento no art. 366 do Código de Processo Penal, destaco a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

"(...) não deve ser decretada automaticamente, sem o preenchimento dos requisitos demandados pelo art 312. (...) Mas notando o magistrado que a citação por edital ocorreu justamente porque o acusado fugiu do distrito da culpa, é natural que possa ser decretada a prisão cautelar (...)" (Código Penal Comentado, 14ª edição, Ed Forense, Rio de Janeiro, p. 765).

Tem-se, no caso em apreço, que a decisão que decretou a Prisão Preventiva do Paciente se encontra devidamente fundamentada vez que, após ser citado por edital, deixou o Paciente de se apresentar em juízo ou constituir advogado no prazo previsto na Decisão, encontrando-se foragido.

E, por fim, ressaltou ainda a autoridade ora apontada como coatora, que o Paciente possui outras condenações, inclusive pelo mesmo delito que ora lhe é imputado.

Neste sentido, nos termos do art 312 do Código de Processo Penal a segregação cautelar se faz necessária para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

Por tais fundamentos, DENEGO A ORDEM.

Sustenta, inicialmente, cerceamento de defesa, haja vista que o magistrado de primeiro grau, em audiência, diante do pedido ministerial de prisão preventiva, impediu a manifestação da Defesa.

Defende, também, a ilegalidade da prisão preventiva. Argumenta que "o recorrente não possui qualquer obrigação de manter seu endereço atualizado nos autos", pois não está vinculado ao distrito da culpa, já que sua prisão não foi ratificada e sequer houve indiciamento.

Entende que não estão presentes os requisitos da prisão cautelar. Ressalta que não foram esgotados os meios para a localização do recorrente. Foi expedido um único mandado para sua localização. E havia no banco de dados no Infoseg dois endereços vinculados ao recorrente.

Destaca o entendimento jurisprudencial no sentido de que a mera arguição de estar o réu em local incerto e não sabido não justifica a prisão cautelar. Assevera tratar-se de delito cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Aduz que os fatos ocorreram há mais de 5 anos, sendo que, na ocasião, sequer foi ratificado o flagrante em desfavor do recorrente. Portanto, ele desconhece a existência de processo criminal.

Requer, liminarmente, a suspensão do mandado prisional. No mérito, pugna para que seja anulada a ação penal desde o ato que impediu a manifestação da defesa, recolhendo-se o mandado de prisão. Alternativamente, busca a revogação da custódia preventiva.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 305-309.

As informações foram juntadas às fls. 320-353.

Superior Tribunal de Justiça

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 358-366, da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario Luiz Bonsaglia, opinando pelo desprovimento do recurso.

Pelo seu voto, a Ministra Relatora nega provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, por não vislumbrar a incidência da nulidade alegada pela defesa, ressaltando que "*a prisão preventiva foi decretada não apenas pela não localização do recorrente, mas 'sobretudo, à vista da certidão de antecedentes criminais que indica a sua condenação anterior por crime idêntico a este apurado nos autos, além de outras espécies', motivação concreta e que não evidencia ilegalidade*".

Destacou a Relatora, ainda, que "*esta Corte Superior de Justiça firmou compreensão no sentido de que a decretação da prisão preventiva dispensa um prévio contraditório, em situação de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, nos termos do disposto no artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal*", razão por que concluiu, colhendo do aresto impugnado, "*que o mero fato da Magistrada Singular não ter dado a palavra à defesa para se manifestar após o pedido ministerial de decretação da prisão preventiva, asseverando a ausência de previsão legal não constitui violação ao Princípio do Contraditório*", já que, "*na própria audiência de instrução e julgamento, foi oportunizado à defesa que se manifestasse anteriormente e, com relação ao específico pedido de decretação da prisão preventiva (porquê acolhido), possui outros meios para impugná-lo, como pedido de revogação da prisão preventiva*".

Passo, então, às minhas considerações.

A legislação processual penal assim dispõe:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

[...] § 3º. Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Ora, a viabilidade de se postergar o contraditório prévio de que trata

Superior Tribunal de Justiça

o § 3º do art. 282 do Código de Processo Penal depende de casos de urgência ou de perigo de ineficácia da imposição de medida acautelatória.

Sabe-se da compreensão da Terceira Seção desta Corte, no sentido de que *"a regra do art. 282, § 3º, do CPP não se aplica ao decreto de prisão preventiva, ante sua natureza emergencial, mas tão somente às medidas cautelares diversas da prisão"* (RHC 41.459/BA, Rel. Min. ERICSON MARANHÃO, SEXTA TURMA, julgado em 21/5/2015, DJe 29/5/2015).

Todavia, ousou dela discordar. No caso em comento, cumpre-se o afastamento de tal ensinância, uma vez que a manifestação prévia da defesa não teria o condão de ensejar a ineficácia da prisão preventiva, decretada pela Magistrada após o requerimento ministerial.

Como se viu do relatório, estamos diante de decretação de custódia preventiva, ocorrida em assentada noticiada aos 13/5/2016 – depois, portanto, do advento da Lei n. 12.403/2011, que incluiu o § 3º ao art. 282 do CPP. Na ação penal originária, o acusado não foi encontrado para receber notificação. Notificado por edital, deixou de comparecer à audiência de instrução e julgamento, havida em maio de 2016, conquanto a Defensoria Pública, que apresentara a defesa preliminar, estivesse presente. Naquela ocasião, requereu a defesa a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, aos ditames do art. 366 do CPP, *"sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa"* (e-STJ fls. 249/250).

Dada a palavra ao membro do *Parquet*, este postulou a decretação da prisão preventiva do ora recorrente. Em seguida, *"a defesa requereu a palavra para se manifestar com base no princípio do contraditório, o que foi indeferido por falta de amparo legal"*. Logo após, a Julgadora *"acolheu o pedido do Ministério Público para decretar a prisão preventiva em desfavor de referido corréu"*, [REDACTED] *"para garantia da ordem pública, mediante a correta instrução processual e consequente aplicação da lei penal"* (e-STJ fl. 250).

Se a concessão da postulação realizada pelo Ministério Público é capaz de provocar a perda da liberdade do acusado, há de se observar o § 3º do art. 282 do Código de Processo Penal, sob pena de ofensa aos direitos

fundamentais da igualdade e do devido processo legal, com sua aplicação no processo penal, que determina a paridade de armas entre as partes.

Por mais grave seja o delito, ainda que devidamente fundamentado o decreto cautelar, revela-se violado o direito à ampla defesa e ao contraditório, a reconhecer-se a nulidade processual.

Nesse sentido:

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REINQUIRIRÇÃO DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS. NOVO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. CONCESSÃO DE VISTA APENAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROVAS INTEGRANTES DO CONJUNTO PROBATÓRIO. JULGAMENTO DA APELAÇÃO. CONVICÇÃO DO JULGADOR. PREJUÍZO PRESUMIDO. **OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recurso especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Não se tendo em discussão a necessidade de contraditório à prova judicial (determinada pelo interesse direto do magistrado), mas a realização à metade dessa oportunidade, com abertura de prazo para manifestação exclusivamente ao órgão ministerial – irrelevante no ponto a condição processual do órgão no recurso, pois de ação penal se tratava – e integrando a nova prova expressamente o conjunto probatório de convicção da turma julgadora, resta inequívoco e presumido o prejuízo causado à defesa.

3. Constatado que tanto o interrogatório quanto os depoimentos colhidos por ordem do Relator, durante o processamento da apelação, foram valorados na admissão da culpa do acusado e deles apenas se oportunizou vista ao Ministério Público, tem-se por configurada quebra aos princípios do contraditório, ampla defesa e paridade de armas.

4. Habeas corpus não conhecido, mas, de ofício, concedida a ordem para anular o julgamento da apelação, garantindo-se o prévio contraditório também à defesa da prova realizada após a sentença e valorada no julgamento do apelo.

(HC 272.988/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016, grifei.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS

SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. **VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO**. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...] VII. A intimidade e a privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição (art. 5º, XII) e pela Lei 9.296/96: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a impossibilidade de produção da prova por outros meios disponíveis e constituir o fato investigado infração penal punida com pena de reclusão, nos termos do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, havendo sempre que se constatar a proporcionalidade entre o direito à intimidade e o interesse público.

VIII. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de "ser legal, ex vi do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, se for realizada em feito criminal e mediante autorização judicial, não havendo qualquer afronta ao art. 5º, XII, da CF" (STJ, RHC 25.268/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012).

IX. A decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico dos envolvidos na prática criminosa – cujos fundamentos foram incorporados à decisão de quebra de sigilo telemático – encontra-se devidamente fundamentada, à luz do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, revelando a necessidade da medida cautelar, ante as provas até então coligidas, em face de indícios razoáveis de autoria ou de participação dos acusados em infração penal (art. 2º, I, da Lei 9.296/96), para a apuração dos delitos de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crime contra a ordem tributária e formação de quadrilha, punidos com reclusão (art. 2º, III, da Lei 9.296/96), demonstrando que a prova cabal do envolvimento dos investigados na alegada trama criminosa, para complementar as provas até então recolhidas, não poderia ser obtida por outros meios que não a interceptação telefônica, especialmente a prova do liame subjetivo entre os investigados, para identificação, com precisão, da atividade desenvolvida pelos alvos principais, o modus operandi utilizado e as

peessoas a eles associadas, em intrincado e simulado grupo de empresas nacionais e estrangeiras, destinado a ocultar seu verdadeiro controlador, cujas negociações revestiam-se de clandestinidade, valendo lembrar que, em casos análogos, é conhecida a dificuldade enfrentada pela Polícia Federal para desempenhar suas investigações, uma vez que se trata de suposto grupo organizado, com atuação internacional e dotado de poder econômico (art. 2º, II, da Lei 9.296/96).

X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.

XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.

XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.

XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.

XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados.

XV. Habeas corpus não conhecido, quanto à paciente REBECA DAYLAC, por não integrar o writ originário.

XVI. Habeas corpus não conhecido, por substitutivo de Recurso Ordinário.

XVII. Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9.

(HC 160.662/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA

Superior Tribunal de Justiça

TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014, grifei.)

Diante dessas considerações, com o devido respeito, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, dando provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, para anular a ação penal desde o ato que impediu a manifestação da defesa, recolhendo-se o mandado de prisão expedido.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 75.716 - MG (2016/0237332-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Senhor Presidente, já havia feito uma observação. Fui convencido. O voto de Vossa Excelência e o voto do Ministro Antonio Saldanha Palheiro me fizeram, realmente, mudar de posicionamento.

Por isso, pedindo vênias aos que pensam de forma diferente, vou acompanhar Vossa Excelência na divergência.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2016/0237332-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 75.716 / MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0024111223632 03587190620168130000 10000160358719000 10000160358719001
2985656972013

EM MESA

JULGADO: 13/12/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Relator para Acórdão

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : XXXXXXXXXX
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU : GUILHERME VINÍCIUS GONÇALVES MACHADO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro dando provimento ao recurso, e da reconsideração do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior no mesmo sentido, a Sexta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão. Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Antonio Saldanha Palheiro.