



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 422.635 - SP (2017/0281009-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : FLAVIO CARDOSO DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADOS : NORIVAL CARDOSO DE OLIVEIRA - SP045990
FLÁVIO CARDOSO DE OLIVEIRA - SP173866
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R R R

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA DA VÍTIMA, DE SUA GENITORA E DO PACIENTE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. VÍTIMA E GENITORA QUE OPTARAM PELO DEPOIMENTO PERANTE O JUÍZO, DISPENSANDO OITIVA ESPECIAL, NOS TERMOS DA RECOMENDAÇÃO N. 33/CNJ. AUSÊNCIA DE OITIVA DO PACIENTE PERANTE A PSICÓLOGA DESIGNADA PELO JUÍZO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O Conselho Nacional de Justiça, considerando o disposto no art. 227 da Constituição Federal, na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a necessidade de viabilizar maior confiabilidade na produção de provas testemunhais, na busca da verdade e na responsabilização penal de agressores, editou a Recomendação n. 33/2010, no intuito de recomendar aos Tribunais a adoção de providências para implementar procedimentos de colheita especial de prova oral, evitando-se, notadamente em casos como o presente, a revitimação do ofendido, ocorrida em decorrência de sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, seja na fase investigatória seja na processual.

2. Os mecanismos de "Escuta Especializada" estão colocados à disposição e discricionariedade das vítimas e testemunhas de violência para o seu devido resguardo, não sendo plausível o reconhecimento de suposta nulidade em virtude da sua não realização, quando a vítima ou testemunha efetivamente deseja depor perante o Juízo, como ocorreu na espécie, não se podendo retirar a validade das declarações colhidas perante o magistrado, mormente quando respeitados o contraditório e a ampla defesa.

3. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inquirição especial a que alude a Recomendação n. 33/CNJ constitui *"medida de proteção que deve ser utilizada, exclusivamente, em benefício da vítima, não sendo razoável admitir - diferentemente daquilo que pretende aqui a Defesa - que a ausência de tal procedimento seja tomada em seu desfavor"*.

4. Na hipótese, nenhum benefício à defesa adviria da realização de entrevista do paciente com a psicóloga designada pelo Juízo, haja vista que, como ressaltado pela profissional, *"a entrevista [teria o objetivo] de ouvi-lo a respeito do suposto ocorrido e não uma função psicodiagnóstica"*, de maneira que, consoante consignou o Tribunal de origem, nada mais poderia ser obtido além do que se obteve com a instrução, notadamente o interrogatório do paciente e a *"longa e detalhada prova oral defensiva"*.

5. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, o que não ocorreu na espécie.

6. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 422.635 - SP (2017/0281009-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : FLAVIO CARDOSO DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADOS : NORIVAL CARDOSO DE OLIVEIRA - SP045990
FLÁVIO CARDOSO DE OLIVEIRA - SP173866
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R R R

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de R. R. R. no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000625-03.2014.8.26.0565).

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado pela prática da conduta descrita no art. 217-A, c/c o art. 226, inciso II, na forma do art. 71, todos do Código Penal. Isso porque, consoante a peça acusatória, no período compreendido entre agosto e dezembro de 2009, em dias e horários incertos, o paciente praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com adolescente de 12 anos de idade.

Segundo se apurou, o denunciado coabitava com a adolescente, filha de sua ex-companheira, e, aproveitando-se dessa situação, em diversas oportunidades, entrava no quarto da vítima, deitando-se nu em sua cama, ocasião em que praticava atos libidinosos diversos da conjunção carnal, uma vez que encostava seu pênis no corpo nu da ofendida, acariciando a sua vagina, bem como a obrigando a mexer em seu órgão genital (e-STJ fls. 13/14).

Superadas as demais fases processuais, o paciente foi condenado, nos moldes da incoativa, à reprimenda de 16 (dezesseis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado (e-STJ fls. 48/53).

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa. Em sessão de julgamento realizada em 28/11/2016, os desembargadores integrantes da Segunda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Câmara de Direito Criminal, por maioria, deram parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do paciente a 14 (quatorze) anos de reclusão, mantidos os demais termos da sentença (e-STJ fls. 54/69).

Interpostos embargos infringentes, foram rejeitados, também por maioria (e-STJ fls. 70/79).

No Superior Tribunal de Justiça, sustentam os impetrantes que o processo que redundou na condenação do paciente conteria vício insanável, qual seja, a nulidade diante da não produção de prova requerida pela defesa e deferida pelo Magistrado sentenciante.

Destacam que, diferente do que constou no acórdão combatido, *"foi deferida a avaliação psicológica da vítima, de sua mãe e do paciente e não apenas uma entrevista com a psicóloga para a preparação da oitiva especial"* (e-STJ fl. 5).

Aduzem que *"a psicóloga judicial, por seu turno, agendou três datas para as avaliações, uma para a genitora da adolescente (04/08/2015), uma para a adolescente, acompanhada de sua genitora (05/08/2015) e uma para o ora recorrente (17/08/2015)"* e que *"a adolescente e sua genitora não compareceram para realização do estudo e, através de contato telefônico mantido pela psicóloga, informaram elas que optavam pelo comparecimento somente para a audiência"* (e-STJ fl. 6).

Asserem, assim, que, *"ao contrário do afirmado nos venerandos acórdãos, houve no presente caso manifesto cerceamento da ampla defesa constitucional do paciente, além de evidente afronta ao princípio da verdade real"*, pois *"a negativa de produção de prova pelo MM. Juiz, validadas pelos acórdãos ora impugnados, impediu que elementos fundamentais para a análise e a compreensão do presente caso viessem ao processo [...] Tanto é verdade que o resultado final do julgamento em Segunda Instância foi de 3 votos a 2 pela manutenção da condenação do paciente, o que demonstra a efetiva dúvida que existe no processo, que poderia ter sido sanada com a realização da prova que ora se discute"* (e-STJ fl. 7).

Ponderam que *"o direito à prova é integrante do direito à ampla defesa, constitucionalmente consagrado no art. 5º, LV"*, e que, *"devidamente demonstrada ao*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

longo do processo, a pertinência e a necessidade de se produzir a prova, constata-se a flagrante violação ao art. 5º, LV, da Constituição da República, pois se viu o paciente impedido de exercer na plenitude o seu direito à defesa" (e-STJ fl. 9).

Nesse contexto, pedem, em tema liminar, possa o paciente aguardar em liberdade o julgamento definitivo do presente remédio constitucional. No mérito, buscam a confirmação da medida emergencial bem como a anulação do processo, determinando-se a realização do exame psicológico das partes.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 83/85.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 90/117.

O Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 119/130, manifestou-se pela denegação da ordem.

O pedido de reconsideração da liminar foi indeferido às e-STJ fls. 141/142.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 422.635 - SP (2017/0281009-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Como visto, pugna a defesa pelo reconhecimento de nulidade do processo, pela ausência de realização de exame psicológico da vítima, da sua genitora e do próprio paciente, prova que, segundo alega a defesa, teria sido deferida pelo Juízo de piso, mas não realizada.

Preliminarmente, faz-se necessária a realização de um histórico dos acontecimentos processuais em primeira instância, a fim de delimitar a *quaestio*.

Em primeiro lugar, verifica-se que o Juízo de primeira instância, tendo em vista a Recomendação n. 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça, determinou a realização de "depoimento especial" e facultou ao réu o direito de ser entrevistado pela psicóloga designada pelo Juízo, bem como a apresentação de quesitos (e-STJ fls. 18/21).

Consoante consta dos autos, as avaliações relativas à "Escuta Especial" foram agendadas para os dias 4/8/2015 (da genitora da vítima), 5/8/2015 (da vítima acompanhada por responsável), e 17/8/2015 (do ora paciente), ressaltando a profissional que "*a entrevista com o réu tem o objetivo de ouvi-lo a respeito do suposto ocorrido e não uma função psicodiagnóstica*" (e-STJ fl. 37).

No entanto, a psicóloga judiciária, conforme certidão colacionada à e-STJ fl. 45, certificou que não houve o comparecimento da genitora ou da vítima nas datas designadas, sendo justificada tal ausência pela genitora consoante consta do seguinte excerto da referida certidão:

Assim, foram realizados contatos telefônicos com ambas, sendo que a genitora referiu que se esqueceu das datas, mas que a filha não pode faltar do trabalho para comparecimento, optando pelo comparecimento apenas no momento da audiência.

Foram, explicadas, ainda que por telefone, algumas diferenças



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entre os modelos tradicionais e a Escuta Especial que este Juízo oferece e, ainda, a necessidade de avaliação prévia no segundo modelo, no entanto, a opção manteve-se pelo comparecimento somente para a audiência tradicional. (Grifei.)

Dessarte, manifestado o desejo da vítima e de sua genitora de prestarem depoimentos apenas em Juízo, foram realizadas audiências de instrução em 12/8/2015 (e-STJ fls. 46/47) e 23/9/2015 (e-STJ fls. 48/53), sendo que nesta última foi colhido o interrogatório do réu e proferida sentença condenatória em desfavor do paciente.

Pois bem. É cediço que o Conselho Nacional de Justiça, considerando o disposto no art. 227 da Constituição Federal, na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – que em seu art. 12 assegura à criança e ao adolescente o direito de serem ouvidos em todo processo judicial que possa afetar seu interesse –, nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente – que assegura à criança e ao adolescente o direito de terem sua opinião devidamente considerada e de serem previamente ouvidos por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida –, bem como a necessidade de viabilizar maior confiabilidade na produção de provas testemunhais e na busca da verdade e responsabilização penal de agressores, editou a Recomendação n. 33, de 23/11/2010, no intuito de recomendar aos Tribunais a adoção de providências no sentido de implementar procedimentos de colheita de prova oral de crianças e adolescentes, evitando-se, em casos como o presente, a revitimação, por diversas vezes ocasionada em decorrência de sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, na fase investigatória ou processual.

Segundo informação colhida do próprio sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, "o depoimento especial – nomeado anteriormente 'depoimento sem dano' –, consiste na aplicação de uma metodologia diferenciada de escuta de crianças e adolescentes na Justiça, em um ambiente reservado e que seja mais adequado ao seu universo. Na prática, servidores da Justiça são capacitados para conversar com crianças em um ambiente lúdico, procurando ganhar a sua confiança e não interromper



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a sua narrativa, permitindo o chamado relato livre. A conversa é gravada e assistida ao vivo na sala de audiência pelo juiz e demais partes do processo, como procuradores e advogados da defesa, por exemplo. A criança tem ciência de que está sendo gravada, informação que é transmitida de acordo com a sua capacidade de compreensão" (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84752-metodo-que-humaniza-depoimento-de-crianca-na-justica-vira-lei>).

Nesse sentido, tem-se que o denominado "depoimento especial" visa ao resguardo e proteção de crianças e adolescentes, evitando sua eventual revitimização pela sucessiva colheita de depoimentos, proporcionando-lhes o devido cuidado e assistência em situações especialmente fragilizadoras, como no caso de crimes sexuais cometidos contra vulneráveis.

Acerca do tema, é o vaticínio da doutrina:

Testemunha vulnerável é aquela pessoa que, em virtude de suas próprias condições pessoais, ou em face da natureza da infração penal praticada contra ela, pode ser intimidada com facilidade, tornando-se incapaz de prestar declarações com liberdade, caso venha a prestar depoimento na presença física do acusado. Nesse conceito estão incluídas não apenas aquelas pessoas listadas no art. 217-A do Código Penal - menores de 14 anos, enfermos ou deficientes mentais que não tenham o necessário discernimento para a prática de ato sexual, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência -, como também idosos e testemunhas ou vítimas de crimes cometidos no contexto familiar ou de núcleo social fechado.

Devido às peculiaridades dessas testemunhas, alguns ordenamentos estabelecem mecanismos que dispensam o comparecimento delas na sessão de julgamento, admitindo em juízo gravações de suas declarações extrajudiciais, ou instituindo procedimentos especiais, cujo propósito é evitar que o encontro delas com o acusado, na sala de audiências, afete sua intimidade ou liberdade de declarar. Diferencia-se da testemunha anônima, pois, em relação a esta, impede-se o acusado e seu defensor técnico de verem a testemunha, para preservar a verdadeira identidade dela. Com relação à testemunha vulnerável, o acusado e seu defensor conhecem a verdadeira identidade da testemunha, podendo observar seu comportamento e linguagem corporal ao prestar depoimento; a testemunha é que não vê o acusado.

O CPP não tem dispositivo expresso acerca do depoimento de vulneráveis. No entanto, há dispositivo legal que permite a retirada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do acusado da sala de audiências: se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. A adoção de qualquer dessas medidas deverá constar do termo de audiência, assim como os motivos que a determinaram.

No Rio Grande do Sul, foi instituído procedimento para a colheita de declarações de crianças intitulado depoimento sem dano, cujo objetivo é a proteção psicológica das vítimas infantis, evitando-se que elas sejam revitimizadas por sucessivas inquirições, nos âmbitos administrativo, policial e judicial. Essa audiência é realizada, de forma simultânea, em duas salas interligadas por circuito audiovisual interno. Em recinto reservado, a vítima presta depoimento a uma psicóloga ou assistente social. Na sala de audiências ficam os demais sujeitos processuais. O magistrado faz a inquirição por intermédio do profissional que se encontra com a vítima, evitando a exposição desta última aos demais participantes do ato processual, notadamente o acusado. Ademais, é efetuada gravação desse ato processual em um compact disc, o qual é degrevado e acostado aos autos do processo judicial, junto com a degrevação.

Como se vê, **na hipótese de depoimento de vulneráveis, haverá evidente restrição à publicidade do ato processual, justificada pelo dever estatal de proteção às testemunhas.** Essa hipótese de publicidade restrita não é incompatível com a Constituição Federal. Afinal, é a própria Carta Magna que autoriza que a lei possa limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos em que haja interesse social (CF, art. 93, IX, c/c art. 5º, LX). **No caso de depoimentos de vulneráveis, o interesse social caracteriza-se pela necessária proteção à integridade física, psíquica e emocional da testemunha, considerada sua condição peculiar, assim como pela necessidade de se evitar a revitimação do depoente, ocasionada por sucessivas inquirições sobre o mesmo fato delituoso, seja na fase investigatória, seja na fase processual. Porém, conquanto haja restrição à presença do acusado, afigura-se obrigatória a presença do defensor quando da produção da prova testemunhal.**

(LIMA, Renato Brasileiro de, Manual de Processo Penal: Volume Único. 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014, pp. 659/660.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conclui-se, assim, que constitui dever do Estado a promoção de medidas pertinentes à colheita de prova oral de vítimas ou testemunhas em estado de vulnerabilidade, de maneira que tal procedimento não acarrete danos à sua integridade física, psíquica ou emocional.

Tanto é assim que a Recomendação n. 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça foi positivada em nosso ordenamento jurídico por meio da Lei n. 13.341/2017, a qual estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na referida Lei, as disposições acerca da "Escuta Especializada e do Depoimento Especial" estão previstas nos arts. 7º ao 12, dos quais transcrevo, oportunamente, o seguinte comando:

Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

[...]

§ 1º À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.

Parece-me óbvio, portanto, que os mecanismos de "Escuta Especializada" estão colocados à disposição e discricionariedade das vítimas e testemunhas de violência para o seu devido resguardo, não sendo plausível o reconhecimento de suposta nulidade em virtude da sua não realização, quando a vítima ou testemunha efetivamente **deseja depor perante o Juízo, como ocorreu na espécie**, não se podendo retirar a validade das declarações colhidas perante o magistrado, mormente quando respeitados o contraditório e a ampla defesa, como no caso.

Esta foi a conclusão a que chegou a instância ordinária ao rejeitar a preliminar de nulidade apontada pela defesa, senão vejamos (e-STJ fls. 56/58):

Assim, as declarações da vítima e de sua mãe, tanto em sede policial, quanto durante a instrução processual, assumem especial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relevância. Nas duas oportunidades já aludidas, os fatos delituosos e sua autoria foram comprovados. O exame da mídia bem demonstra a sinceridade e a firmeza da ofendida e de sua genitora quanto à ocorrência dos crimes descritos na denúncia e a responsabilidade penal do acusado.

É certo que não foi possível realizar a preparação para a oitiva especial da ofendida e sua avaliação psicológica, nos termos da informação de fl. 109. E aqui enfrento a preliminar exposta no apelo defensivo:

A respeito do não comparecimento da vítima e sua genitora para a "Preparação para a Escuta Especial e Avaliação Psicológica" julgo necessárias algumas considerações. Inicialmente, sublinho que o presente processo tramitou perante vara especializada no exame e julgamento de crimes cometidos contra crianças e adolescentes e foi uma das escolhidas para a implantação do denominado "Depoimento Especial" (Recomendação nº 33 do Conselho Nacional de Justiça), com o objetivo de evitar a revitimização de crianças e adolescentes. Diante de tal escopo, visou-se à limitação do número de inquirições, à utilização de profissionais habilitados para a escuta e, ainda, à gravação do depoimento com o intuito de evitar reinquirições, dentre outros cuidados (cf. fls. 56/57). Essas medidas destinam-se à proteção da vítima, proporcionando-lhe um atendimento mais adequado. Ocorre que no presente julgamento, a ausência dessa oitiva especial está sendo considerada em desfavor da vítima.

Ora, diante dos objetivos do "Depoimento Especial" não se mostra razoável desprestigiar as declarações da vítima e de sua genitora – **coletadas no inquérito policial e no processo penal** -, porque **preferiram ser ouvidas no sistema tradicional de inquirição**. Não é por outro motivo que consta na informação de fl. 109 a opção de ambas pela oitiva judicial tradicional. Respeitando a vontade da ofendida, o magistrado realizou o ato processual sem qualquer ressalva e ao sentenciar o feito não fez qualquer juízo de valor quanto à vontade da vítima e de sua mãe. Em qualquer outra Vara Criminal, não se cogitaria da realização do depoimento especial. **Presumir que a ofendida não desejou colaborar com o Poder Judiciário na busca da verdade porque não desejou ser ouvida nos termos da Resolução do CNJ está em completo desacordo com o que se buscou evitar: a revitimização de crianças e adolescentes, especialmente nos crimes sexuais.**

Convém sublinhar a inexistência de razões, próximas ou remotas, a desmerecer a credibilidade das declarações da ofendida e de sua genitora.

Com efeito, **sempre respeitado o entendimento do nobre e culto Relator, a avaliação psicológica da vítima não se mostrou imprescindível para a busca da verdade. Tanto é correta a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afirmação, que a digna defesa não demonstrou, de forma clara e concreta, qual o prejuízo decorrente da inexistência do estudo psicológico da ofendida. E sem um motivo plausível, dada a ausência de regra legal, não é o juiz obrigado a determinar a produção dessa prova. A Defesa limitou-se, na verdade, a apontar inconsistente cerceamento defensivo. Daí a inocorrência de nulidade a ser reconhecida no presente processo. Não há nulidade sem prejuízo, diz o art. 563 do Código de Processo Penal.

O mesmo podemos concluir da ausência de avaliação do acusado. A Psicóloga Judiciária deixou claro que a entrevista do réu visava escutá-lo a respeito da acusação. ***Não se tratava de função psicodiagnóstica. Ou seja, nada além que do se obteve com a instrução processual, notadamente com o interrogatório do acusado e a longa e detalhada prova oral defensiva, conforme se constata após a visualização da gravação da respectiva audiência.***

Nesse sentido:

"Ressalta-se que a entrevista com o réu tem o objetivo de ouvi-lo a respeito do suposto ocorrido e não uma função psicodiagnóstica" (fl. 86).

Se assim é, o fato de não ter sido o réu "avaliado" pela psicóloga nenhum prejuízo resultou. Louva-se o empenho do culto e dedicado Dr. Defensor, mas o fato é que a providência buscada mostrou-se desnecessária para a digno magistrado sentenciante e não decorre de imperativo legal. (Grifei.)

Compartilho do mesmo entendimento. Aliás, como bem pontuou o Ministério Público Federal, a inquirição especial a que alude a Recomendação n. 33/CNJ constitui "***medida de proteção que deve ser utilizada, exclusivamente, em benefício da vítima***, não sendo razoável admitir - diferentemente daquilo que pretende aqui a Defesa - que a ausência de tal procedimento seja tomada em seu desfavor" (e-STJ fl. 125, grifei).

Nesse sentido, o seguinte precedente:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OITIVA DA VÍTIMA MEDIANTE "DEPOIMENTO SEM DANO". CONCORDÂNCIA DA DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. Esta Corte tem entendido justificada, nos crimes sexuais contra criança e adolescente, a inquirição da vítima na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modalidade do "depoimento sem dano", em respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, procedimento admitido, inclusive, antes da deflagração da persecução penal, mediante prova antecipada (HC 226.179/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013).

2. A oitiva da vítima do crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), em audiência de instrução, sem a presença do réu e de seu defensor não inquina de nulidade o ato, por cerceamento ao direito de defesa, se o advogado do acusado aquiesceu àquela forma de inquirição, dela não se insurgindo, nem naquela oportunidade, nem ao oferecer alegações finais.

3. Além da inércia da defesa, que acarreta preclusão de eventual vício processual, não restou demonstrado prejuízo concreto ao réu, incidindo, na espécie, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, que acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*. Precedentes.

4. A palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, assume relevantíssimo valor probatório, mormente se corroborada por outros elementos (AgRg no AREsp 608.342/PI, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 09/02/2015).

5. No caso, além do depoimento da vítima, o magistrado sentenciante, no decreto condenatório, considerou o teor dos testemunhos colhidos em juízo e o relatório de avaliação da menor realizado pelo Conselho Municipal para formar seu convencimento.

6. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 45.589/MT, relator Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 03/03/2015, grifei.)

Além disso, colhe-se da sentença proferida em primeiro grau que, "dada a palavra à Defesa do(a) réu(ré), esta se manifestou de forma oral nos termos do art. 403 do Código de Processo Penal, que foi gravada de forma digital, **tendo pedido sua absolvição pela fragilidade das provas**" (e-STJ fl. 49).

Verifica-se, portanto, ao que se tem dos autos, que a defesa não se pronunciou acerca da nulidade – a meu ver relativa – no momento adequado, qual seja, na fase das alegações finais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, *"não arguidas eventuais nulidades relativas até o final da instrução processual, opera-se a preclusão da discussão da matéria"* (REsp n. 1.556.355/SC, relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 2/10/2018, DJe 16/10/2018), como no caso.

Não se pode olvidar, por último, que, a despeito do esforço argumentativo da defesa, **não houve a demonstração de efetivo prejuízo sofrido pelo paciente.**

Com efeito, não obstante aleguem os impetrantes a ocorrência de cerceamento de defesa pela ausência de "produção de prova requerida e deferida pelo Juízo", é fato que à defesa foi oportunizada a realização de perguntas à ofendida e à sua genitora por ocasião da audiência de instrução, não havendo, em outras palavras, desrespeito ao contraditório ou à ampla defesa do paciente.

Além disso, deve-se frisar que nenhum benefício à defesa adviria da realização de entrevista do paciente com a psicóloga designada pelo Juízo, haja vista que, como ressaltado pela profissional, *"a entrevista [teria o objetivo] de ouvi-lo a respeito do suposto ocorrido e não uma função psicodiagnóstica"* (e-STJ fl. 37, grifei), de maneira que, consoante consignou o Tribunal de origem, nada mais poderia ser obtido além do que se obteve com a instrução, notadamente o interrogatório do paciente e a *"longa e detalhada prova oral defensiva"* (e-STJ fl. 58).

Ora, nos moldes do art. 563 do Código de Processo Penal, nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo às partes. É o caso dos autos.

Ademais, se a tipicidade dos atos processuais funciona como instrumento para a correta aplicação do direito, e considerando que eventual desrespeito às formalidades prescritas em lei pode acarretar a invalidação do ato processual tão somente quando sua finalidade ficar comprometida, com mais razão ainda não há que se reconhecer nulidade em virtude da ausência de realização de avaliação psicológica na hipótese, notadamente por não ser sequer tal avaliação um imperativo legal, nem decorrer de sua não realização qualquer prejuízo efetivamente demonstrado pela defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como é cediço, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, perfilhada por esta Corte, "*o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção*" (RHC n. 123.890 AgR/SP, relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 5/5/2015, DJe 15/5/2015).

Não vislumbro, portanto, a alegada nulidade por cerceamento de defesa apontada pelos impetrantes, motivo pelo qual entendo que a denegação da ordem é medida que se impõe.

Ante o exposto, **denego a ordem**.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0281009-6

HC 422.635 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006250320148260565 20160000902866 20170000681092 6250320148260565

EM MESA

JULGADO: 26/02/2019
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FLAVIO CARDOSO DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADOS : NORIVAL CARDOSO DE OLIVEIRA - SP045990
 FLÁVIO CARDOSO DE OLIVEIRA - SP173866
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : R R R

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.