



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.348.978 - SC (2012/0219075-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO : ROBERTO CARLOS
ADVOGADO : ALEXANDRO SERRATINE DA PAIXÃO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. OITIVA DE TESTEMUNHAS. VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E DO IMPULSO OFICIAL. NULIDADES RELATIVAS. NÃO ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP).
2. As modificações introduzidas pela Lei n.º 11.690/08, ao art. 212 do Código de Processo Penal, não retiraram do juiz a possibilidade de formular perguntas às testemunhas, a fim de complementar a inquirição, na medida em que a própria legislação adjetiva lhe incumbe do dever de se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos (princípio da verdade real e do impulso oficial), o que afasta o argumento de violação ao sistema acusatório.
3. Eventual inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa, sendo necessário para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo, o que não ocorreu, uma vez que, presente em audiência, o causídico não suscitou o vício no decorrer das oitivas, tampouco nas alegações finais, não logrando demonstrar qual o prejuízo causado ao réu.
4. Recurso especial provido para excluir a nulidade reconhecida pelo Tribunal *a quo* e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos a fim de que se prossiga no julgamento do mérito do apelo.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Relator Votaram com o Sr. Ministro Nefi Cordeiro os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 17 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.348.978 - SC (2012/0219075-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECORRIDO : ROBERTO CARLOS

ADVOGADO : ALEXANDRO SERRATINE DA PAIXÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA** interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** (Apelação Criminal n. 2011.007685-2).

Consta dos autos que o recorrido foi condenado à pena de 2 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, em regime aberto, mais multa, pela prática dos crimes previstos no art. 171, *caput*, e no art. 171, *caput*, c/c o art. 14, II, todos do Código Penal, em continuidade delitiva. Na ocasião, a reprimenda foi substituída por duas restritivas de direitos.

A defesa, então, interpôs apelação ao Tribunal de origem, tendo sido acolhida a preliminar para anular o processo desde a audiência de instrução e julgamento, por ausência de representante do Ministério Público no referido ato e por violação do sistema processual penal acusatório.

O recorrente alega violação ao art. 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao argumento de que "A Lei n. 11.690/08, que alterou o artigo 212 do Código de Processo Penal, ao aplicar o sistema de inquirição direta de testemunhas - o qual estabelece que os questionamentos serão realizados pelas partes - não impediu que o Juízo *a quo* realizasse, também, perguntas, mormente quando não estiver satisfeito com as respostas" (fl. 576).

Pondera que "a inquirição das testemunhas pelo juiz deu-se de forma complementar às perguntas formuladas pela defesa, o que é perfeitamente possível e legal". Nesse ponto, salienta que "a oitiva pelo magistrado somente ocorreu após ter sido registrada a ausência do representante Ministério Público no ato e ter havido a oitiva das testemunhas pela defesa" (fl. 577).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, observa que "à defesa concedeu-se o direito de formular perguntas diretamente às testemunhas, inclusive, respeitada a ordem estabelecida no artigo 212, *caput*, do CPP" (fl. 580).

Requer o provimento do recurso "a fim de que seja reformada a decisão recorrida" (fl. 584).

Contrarrazões às fls. 596-602.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.348.978 - SC (2012/0219075-0)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. JUIZ QUE SUBSTITUIU O ÓRGÃO ACUSATÓRIO. NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DA ESTRUTURA ACUSATÓRIA DO PROCESSO PENAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Cuidando-se de ação penal condenatória, na qual sobrepõem não apenas os interesses indisponíveis em disputa, mas valores afirmativos de um devido processo legal (tanto em sua ótica procedimental quanto sob o seu viés substancial), é de suma importância que se perceba, na condução da causa, a clara divisão desses papéis: um órgão que promove a acusação, mas que ao mesmo tempo fiscaliza o regular desenvolvimento da relação processual; um órgão ou profissional que defende o imputado e o acompanha durante os atos processuais; e um órgão, imparcial, que presta a jurisdição e que zela para que os direitos das partes sejam observados.

2. A ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução deve ser analisada caso a caso, para investigar os motivos que ensejaram o descumprimento da fórmula legal e o eventual prejuízo decorrido para a defesa, sob pena de perpetuar situações injustas e inadequadas.

3. Não se pode adotar, automaticamente, a mesma solução em processo no qual houve, de forma excepcional, a ausência do Ministério Público na oitiva de uma testemunha ou na audiência de interrogatório do réu e em processo no qual o órgão acusatório deixou de participar de toda a produção probatória, do início ao fim.

4. O caso em análise revela contornos peculiares, pois toda a instrução processual foi conduzida pelo Juiz de Direito, que ouviu a vítima, inquiriu as testemunhas da acusação e as arroladas pela defesa. O Juiz de Direito fez as vezes do Promotor de Justiça e, mais do que permitir que as pessoas ouvidas contassem o que ocorreu, teve a iniciativa das perguntas, para além daquilo que pode ser admitido a título de esclarecimento ou complementação.

5. A atuação do juiz comprometeu o devido processo legal, sendo evidente e intuitivo o prejuízo ao réu, na medida em que foi condenado sem a intervenção de um dos sujeitos do processo (órgão acusador) e com base em provas não produzidas sob o crivo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contraditório.

6. Em uma compreensão sistêmica do direito, até para que a estrutura do sistema acusatório seja preservada em processos futuros, deve ser reconhecido o vício processual, pois houve expressiva desobediência de fórmula legal, grave a ponto de comprometer o devido processo legal.

7. Reconhecido o vício processual – ausência do Ministério Público e condução de toda a instrução oral pelo juiz – ocorrido na audiência de instrução, impõe-se a declaração de nulidade do ato judicial e, consoante a interpretação do art. 573 do Código de Processo Penal, a renovação da audiência de instrução, tal como determinado pelo Tribunal de origem.

8. Recurso especial não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Inicialmente, registro que o recurso especial é tempestivo e que o tema objeto da insurgência foi devidamente discutido e prequestionado na instância de origem, razão pela qual passo ao exame da *quaestio iuris*.

I. Contextualização

No que se refere à ausência de representante do Ministério Público na ausência de instrução e à suposta ofensa ao sistema processual penal acusatório, a Corte estadual salientou o seguinte (fls. 565-568):

Contudo, conforme apontou o apelante, o órgão acusador não compareceu ao ato em que foram ouvidas a vítima e as testemunhas. Diante disso, a oitiva se deu da seguinte forma: foi consignada a ausência da acusação, foi dada a palavra à defesa, que pouco perguntou e, em seguida, o julgador efetuou toda a inquirição, conforme se infere dos termos de ffs. 338/344.

Diante desse contexto, impende analisar se a circunstância em tela ofendeu o princípio acusatório e ensejou nulidade processual.

A nova ordem constitucional, inaugurada pela Carta de 1988, elegeu o sistema acusatório para nortear o processo penal brasileiro, em detrimento do sistema inquisitório originariamente adotado pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diploma Processual Penal de 1941.

Assim, embora ainda não dominante na norma processual infra-constitucional, citado sistema vem sendo paulatinamente inserido naquela codificação, por meio das constantes reformas a que vem sendo submetido.

Deve-se deixar claro, de plano, que por meio da atual concepção constitucional, a persecução criminal fica marcada por personagens com funções preestabelecidas, em que o magistrado se põe apenas para julgar. Essa importante característica, que deve ser analisada concomitantemente ao princípio da imparcialidade, apresenta-se como marco determinante do processo penal democrático eleito pela Constituição de 1988.

[...]

Relacionando o que foi dito acima e o caso em voga, tem-se que a atual dicção do art. 212 do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.690/08, é exemplo de aplicação do princípio acusatório. Assim versa a norma em comento:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Frente à nova disposição, deixou o legislador de lado o sistema presidencialista no que tange ao depoimento das testemunhas, visto que as partes diretamente é que farão perguntas, cabendo ao magistrado somente efetuar indagações em caráter suplementar. Hipótese clara, pois, de aplicabilidade do sistema acusatório e do primado da imparcialidade.

Não há dúvidas, então, que a função do magistrado nessa audiência é de garantidor dos direitos fundamentais, devendo estabelecer a ordem quando as partes agirem de forma que assim se faça necessário. Isto é, a função do julgador deixa de ser de ator para ser um espectador - nos dizeres de Aury Lopes Jr. -, permitindo, assim, que a gestão da prova recaia sobre as partes.

[...]

E especificamente sobre o papel do Ministério Público menciona o doutrinador em tela que deverá "se amoldar à nova lei, isto é, o promotor terá de (reaprender a fazer perguntas, se inteirando de todo o processo, quando da audiência, a fim de que possa perguntar dados importantes às testemunhas" (op. cit.).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese de ausência do representante da acusação na audiência também não pode o julgador se imiscuir no mister acusatório, sob pena de violar os princípios analisados e eivar de nulidade insanável o ato.

[...]

Diante do que foi exposto, e considerando que as circunstâncias do presente feito se subsumem ao entendimento alinhado, não há dúvidas de que houve violação ao princípio acusatório no caso em evidência, porquanto o julgador atuou de forma a extrapolar suas funções ao coletar a prova em caráter principal e não suplementar, prova esta, registre-se, utilizada para alicerçar o édito condenatório.

Posto isso, acolhe-se a prefacial defensiva para anular o processo desde a audiência de instrução e julgamento de fl. 337; ficando prejudicado o exame do mérito.

II. Nulidade do ato processual realizado sem a presença do Ministério Público

Certo é que o art. 212 do Código de Processo Penal, mesmo após as modificações ocorridas com o advento da Lei n. 11.690/2008, continua a permitir que o juiz formule perguntas às testemunhas, sendo-lhe facultada, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do art. 156, III, do Código de Processo Penal.

Exemplificativamente, menciono: "O art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.690/08, determina que as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, possibilitando ao magistrado, caso entenda necessário, complementar a inquirição acerca de pontos não esclarecidos." (HC n. 296.751/RS, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 27/5/2015).

Sobre essa questão, registro que este Superior Tribunal é firme em assinalar que a ausência do Ministério Público na audiência de instrução constitui nulidade que deve ser apontada em momento oportuno, mediante comprovação de efetivo prejuízo para a defesa. Também possui o entendimento de que a estrutura acusatória do processo penal pátrio impede que se sobreponham, em um mesmo sujeito processual, as funções de defender, acusar e julgar, sem eliminar, dada a natureza publicista do processo, a iniciativa probatória do juiz, mediante fundamentação e sob contraditório, desde que assim proceda de modo residual e complementar às partes e com o cuidado de preservar sua imparcialidade, o que não ocorreu na espécie.

Ainda, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fato, não ocorre nulidade processual ante a ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução, sem comprovação de prejuízo da defesa. Isso porque, consoante a hodierna jurisprudência e a exegese do art. 536 do Código de Processo Penal, **"nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"**.

Contudo, ao aplicador do direito é dado conferir uma interpretação não só da lei, mas também da jurisprudência. O precedente, ainda que desponte como um referencial a ser utilizado na resolução de conflitos, deve ser adequado à realidade dos autos e ajustado às peculiaridades concretas.

Percebe-se, pois, que a ausência do membro do Ministério Público deve ser analisada caso a caso, para investigar os motivos que ensejaram o descumprimento da fórmula legal e o eventual prejuízo decorrido para a defesa, sob pena de perpetuar situações injustas e inadequadas. Não podemos adotar, automaticamente, a mesma solução em processo no qual houve, de forma excepcional, a ausência do Ministério Público na oitiva de uma testemunha ou na audiência de interrogatório do réu e em processo no qual o órgão acusatório deixou de participar de toda a produção probatória, do início ao fim, desenvolvendo-se a ação somente entre a parte e o juiz.

III. Violação do sistema acusatório

O caso em análise revela contornos peculiares, pois, consoante os documentos aqui juntados às fls. 371-379, **toda a instrução processual foi conduzida pelo Juiz de Direito, que ouviu a vítima, inquiriu as testemunhas da acusação e as arroladas pela defesa.**

Assim, entendo que o **Juiz de Direito fez as vezes do Promotor de Justiça** e, mais do que permitir que as pessoas ouvidas contassem o que ocorreu, formulou perguntas, para além daquilo que pode ser admitido a título de esclarecimento ou complementação.

Nesse cenário, apesar de o advogado constituído pelo acusado – Dr. Alexandre Serratine da Paixão – haver concordado com a realização da audiência e permitido que o ato se realizasse, sem suscitar nenhum vício, mesmo sem a presença de membro do Ministério Público, entendo que, de fato, **houve expressiva desobediência de formalidade estabelecida pelo legislador**, que influenciou na apuração da verdade substancial (art. 566 do Código de Processo Penal) e no próprio sistema acusatório.

A atuação do juiz foi grave a ponto de comprometer o devido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo legal, sendo evidente e intuitivo o prejuízo ao réu, na medida em que foi condenado sem a intervenção de um dos sujeitos do processo (órgão acusador) e com base em provas não produzidas sob o crivo do contraditório. Ilustrativamente:

[...]

4 - Não se pode olvidar que, no moderno sistema processual penal, não se admite o reconhecimento de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, vigorando a máxima *pas de nullité sans grief*, a teor do que dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

5 - Não obstante tais fundamentos, diante da peculiaridade do caso concreto, mostra-se irretocável o acórdão recorrido, que anulou o processo desde a audiência de instrução, já que **o Juiz, na verdade, colheu toda a prova utilizada para embasar a sentença condenatória, diante da ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução.**

[...]

7 - Não se verificou, no caso concreto, a indispensável separação entre o papel incumbido ao órgão acusador e ao julgador, principal característica do sistema acusatório, pois a fundamentação exposta na sentença condenatória permite concluir que os elementos do convencimento judicial decorreram, exclusivamente, de provas colhidas pelo julgador na audiência de instrução, hipótese de nulidade insanável, não sujeita, portanto, à preclusão.

8 - Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1259482/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 27/10/2011)

Ainda, menciono:

[...]

1. Deve ser mantida a decisão agravada, que reconheceu a nulidade do processo desde a audiência de instrução e julgamento, porquanto a par de realizada sem a presença do Ministério Público, do início ao fim, o Juiz de Direito substituiu o órgão acusatório ao conduzir e colher todas as provas, em atividade probatória principal e não supletiva.

2. Cuidando-se de ação penal condenatória, na qual sobrelevam não apenas os interesses indisponíveis em disputa, mas valores afirmativos de um devido processo legal (tanto em sua ótica procedimental quanto sob o seu viés substancial), é de suma importância que se perceba, na condução da causa, a clara divisão desses papéis: um órgão que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

promove a acusação, mas que ao mesmo tempo fiscaliza o regular desenvolvimento da relação processual; um órgão ou profissional que defende o imputado e o acompanha durante os atos processuais; e um órgão, imparcial, que presta a jurisdição e que zela para que os direitos das partes sejam observados.

3. Não há ilegalidade no ponto em que o Tribunal Estadual, no exame de apelação da defesa, reconheceu, *ex officio*, a invalidade do ato.

4. O aresto recorrido, embora tenha deixado de conferir eficácia jurídica às provas produzidas em desacordo com o modelo legal, não determinou a renovação da instrução criminal, optando por absolver o réu, o que violou o art. 573 do CPP, segundo o qual os atos cuja nulidade não tiver sido sanada serão renovados ou retificados.

5. O reconhecimento do vício na apelação não favorece a acusação, o Juiz ou o réu; apenas tem o fim de restabelecer o válido desenvolvimento da relação processual, que se desenvolveu apenas entre juiz e uma das partes.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 528.020/RS, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 5/10/2015)

Nesse contexto, não há espaço para discutir a convalidação do ato por falta de insurgência da defesa. Em uma compreensão sistêmica do direito, até para que a estrutura do sistema acusatório seja restabelecida em processos futuros, deve ser reconhecido o vício processual, pois houve expressiva desobediência de fórmula legal, grave a ponto de comprometer o devido processo legal. **O prejuízo ocasionado ao réu é manifesto, sendo ociosa qualquer tentativa de demonstração.**

Não desconheço as dificuldades estruturais de alguns Ministérios Públicos estaduais para o atendimento de toda a demanda existente nas comarcas mais longínquas deste país continental. Dificuldades, porém, que hão de ser contornadas com medidas de gestão e de coordenação entre Judiciário e Ministério Público, que não podem continuar a, comodamente, perpetuar uma situação que compromete a ideia de uma justiça criminal apoiada sobre pilares sólidos, em que os seus protagonistas assumem e desempenham, minimamente, seus papéis na relação processual.

Vale, a propósito, mencionar a tramitação, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei n. 203/2011, que torna obrigatória a presença do Ministério Público em todos os atos de instrução criminal, sob pena de nulidade. A indagação que subjaz a essa notícia é se, efetivamente, precisaríamos de uma lei que diga o que se mostra óbvio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nas discussões travadas sobre a proposta legislativa, bem se ponderou que as reformas por que passou o Código de Processo Penal brasileiro, após a Constituição da República, reforçam a percepção de que não mais é possível continuar a tolerar que a instrução criminal seja toda feita se ausente de uma das partes.

Bem o evidencia a redação dada ao art. 185 pela Lei n. 10.792/2003, passando a exigir – recorde-se que até então o interrogatório era feito apenas entre juiz e acusado – a presença do defensor do réu no seu interrogatório judicial, até porque já dizia o art. 261, também do CPP, que "Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". Por sua vez, outra reforma legislativa ocorrida em 2008 (Lei n. 11.690/2008), veio reforçar a estrutura acusatória do processo penal brasileiro e melhor posicionar o julgador como sujeito processual que detém **poderes instrutórios meramente suplementares na produção da prova oral** em audiência, reconhecendo que são as partes (acusação e defesa) a ostentar o protagonismo na condução dos depoimentos das testemunhas por elas arroladas.

Partilhando dessa compreensão, constato que **o Juiz extrapolou seus poderes instrutórios, ao exercer, com protagonismo, a iniciativa das perguntas que deveriam ser formuladas pelo titular da ação penal, ausente na audiência**; evidente e intuitivo, pois, o prejuízo ao réu, na medida em que se sobrepuseram, em um mesmo sujeito processual e durante toda a instrução, as funções de acusar e julgar.

Cito, a propósito, entendimento – ainda que minoritário – já adotado na Quinta Turma, *in verbis*:

[...]

4 - Não se pode olvidar que, no moderno sistema processual penal, não se admite o reconhecimento de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, vigorando a máxima *pas de nullité sans grief*, a teor do que dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

5 - Não obstante tais fundamentos, diante da peculiaridade do caso concreto, mostra-se irretocável o acórdão recorrido, que anulou o processo desde a audiência de instrução, já que **o Juiz, na verdade, colheu toda a prova utilizada para embasar a sentença condenatória, diante da ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

7 - Não se verificou, no caso concreto, a indispensável separação entre o papel incumbido ao órgão acusador e ao julgador, principal característica do sistema acusatório, pois a fundamentação exposta na sentença condenatória permite concluir que os elementos do convencimento judicial decorreram, exclusivamente, de provas colhidas pelo julgador na audiência de instrução, hipótese de nulidade insanável, não sujeita, portanto, à preclusão.

8 - Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.259.482/RS, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5ª T., DJe 27/10/2011)

IV. Conclusão

Reconhecido, portanto, o vício processual – ausência do Ministério Público e condução de toda a instrução oral pelo juiz – ocorrido na audiência de instrução, impõe-se a declaração de nulidade do ato judicial e, consoante a interpretação do art. 573 do Código de Processo Penal, a renovação da audiência de instrução, tal como determinado pelo Tribunal de origem.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento** ao recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.348.978 - SC (2012/0219075-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO : ROBERTO CARLOS
ADVOGADO : ALEXANDRO SERRATINE DA PAIXÃO

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

Consta dos autos que o réu, ora recorrido, foi condenado à pena de 2 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 27 dias-multa, pela prática dos delitos de estelionato e de tentativa de estelionato, em continuidade delitiva.

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* deu-lhe provimento para, acolhendo a preliminar suscitada, anular o processo desde a audiência de instrução e julgamento, ao fundamento de violação do princípio acusatório, ante a ausência do Ministério Público ao ato.

Daí a interposição do presente recurso especial, no qual, sustenta o recorrente, violação ao art. 212 do Código de Processo Penal, ao argumento de que não há qualquer mácula a ser sanada, na medida em que *a inquirição das testemunhas pelo juiz deu-se de forma complementar às perguntas formuladas pela defesa, o que é perfeitamente possível e legal*, afirmando, ainda que, *a oitiva pelo magistrado somente ocorreu após ter sido registrada a ausência do representante do Ministério Público no ato e ter havida a oitiva das testemunhas pela defesa* (fl. 577).

O relator, Ministro Rogério Schietti, votou pelo improvimento do recurso, por concluir que *o Juiz extrapolou seus poderes instrutórios, ao exercer, com protagonismo, a iniciativa das perguntas que deveriam ser formuladas pelo titular da ação penal, ausente na audiência*, o que acarretou evidente prejuízo ao réu, pois, assim agindo, exerceu simultaneamente as funções de acusar e julgar, violando o sistema acusatório.

Dirijo, contudo, da compreensão adotada pelo ilustre relator para, acompanhando o entendimento majoritário desta Corte, afirmar que não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP). A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

I - Inexiste nulidade na ação penal por ter o Magistrado conduzido audiência de oitiva das testemunhas de acusação, inquirindo-as sobre os fatos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constantes da denúncia, sem a presença do Membro do Ministério Público.

II - Eventual prejuízo pela ausência do representante do Parquet, caso houvesse, só interessaria à acusação, sendo inadmissível o reconhecimento de nulidade relativa que só à parte contrária interessa.

III - Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1491961/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/9/2015, DJe 14/9/2015).

[...]

INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA EM AUDIÊNCIA NA QUAL O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO ESTEVE PRESENTE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.

1. Nos termos do artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, as nulidades ocorridas em audiência deverão ser arguidas assim que ocorrerem.

2. Esta Corte Superior de Justiça já pacificou o entendimento de que a simples ausência do órgão acusatório na audiência de oitiva de testemunhas não enseja a nulidade do ato, impondo-se à defesa a alegação oportuna do defeito processual, bem como a comprovação do prejuízo suportado pelo réu. Precedentes.

3. No caso dos autos, além de não ter havido a impugnação oportuna da defesa quanto à ausência do Ministério Público em algumas das audiências de instrução, seja porque o referido órgão estava atuando em outro processo, seja porque estava em substituição em outra comarca, tem-se que o próprio Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, o que afasta a alegação do prejuízo em tese suportado pelos acusados (HC 312.668/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 07/05/2015).

Nesse contexto, destaco que a ausência do representante do Ministério Público ao ato, se prejuízo acarretasse, seria ao próprio órgão acusatório, jamais à defesa, e, portanto, não poderia ser por esta invocado, porquanto, segundo o que dispõe o art. 565 do Código de Processo Penal, *nenhuma das partes poderá arguir nulidade [...] referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*

De outro lado, as modificações introduzidas pela Lei n.º 11.690/08, ao art. 212 do Código de Processo Penal, não retiraram do juiz a possibilidade de formular perguntas às testemunhas, a fim de complementar a inquirição, na medida em que a própria legislação adjetiva lhe incumbe do dever de se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos (princípio da verdade real e do impulso oficial), o que afasta o argumento de violação ao sistema acusatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, a oitiva das testemunhas pelo magistrado, de fato, obedeceu à exigência de complementaridade, nos termos do que determina o art. 212 do Código de Processo Penal, pois somente ocorreu após ter sido registrada a ausência do *Parquet* e dada a palavra à defesa para a realização de seus questionamentos.

Vale ressaltar que a jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de que eventual inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa, sendo necessário para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo, o que não ocorreu, uma vez que, presente em audiência, o causídico não suscitou o vício no decorrer das oitivas, tampouco nas alegações finais, não logrando demonstrar qual o prejuízo causado ao réu. Por oportuno:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO PELO JUIZ. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL AO ATO. ARGUIDO DESCUMPRIMENTO DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E ALEGADA NULIDADE RELATIVA. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ARGUIÇÃO QUE SÓ INTERESSA À PARTE CONTRÁRIA. ORDEM DENEGADA.

1. A inquirição das testemunhas de Acusação pelo Juiz, quando ausente o Ministério Público Estadual, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do Código de Processo Penal, não se procede à anulação do ato.

2. Além disso, conforme o disposto no art. 565 do mesmo Estatuto, falta legitimidade para a Defesa alegar esse vício, mormente em se considerando que ela estava presente na audiência de instrução para inquirir as testemunhas arroladas pelo Ministério Público. Com efeito, não há que se arguir nulidade relativa referente a formalidade cuja observância interesse exclusivamente à parte contrária.

3. Ordem denegada (HC 186.397/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 3. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, TRAZIDA PELA LEI Nº 11.690/08. ALTERAÇÃO NA FORMA DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FORMULADAS DIRETAMENTE PELAS PARTES. PONTOS NÃO ESCLARECIDOS. COMPLEMENTARIDADE DA INQUIRÇÃO PELO JUIZ. INVERSÃO DA ORDEM. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO. SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO LASTREADA EXCLUSIVAMENTE NA PROVA ORAL COLHIDA PELO JUIZ NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO, DIANTE DO NÃO COMPARECIMENTO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO OCORRÊNCIA VIOLAÇÃO DO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO. 4. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INVESTIGAÇÃO INICIADA A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ULTERIOR DILIGÊNCIA PELAS AUTORIDADES PARA VERIFICAÇÃO CONCRETA DOS FATOS ASSINATURA TENHA OCORRIDO. 5. AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MANIFESTAÇÃO DO PARQUET APÓS APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. NÃO OCORRÊNCIA. 6. CERCEAMENTO DE DEFESA. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PARA IDENTIFICAÇÃO DE VOZES. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PROVA QUE PODE SER OBTIDA POR OUTROS MEIOS. 7. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS. PRESCINDIBILIDADE. 8. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. Com a entrada em vigor da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, foi alterada a forma de inquirição das testemunhas, estabelecendo o artigo 212 do Código de Processo Penal que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, cabendo ao juiz apenas complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, bem como exercer o controle sobre a pertinência das indagações e das respostas.

3. A complementaridade constante do texto legal examinado induz à conclusão de existência de ordem na inquirição, ou seja, sugere um roteiro, em que a parte que arrolou a testemunha formula as perguntas antes da outra parte, perguntando o juiz por último.

4. Contudo, a inversão da ordem de inquirição, na hipótese em que o juiz - apenas o juiz, não a outra parte -, formule pergunta à testemunha antes da parte que a arrolou, somente poderia ensejar nulidade relativa, a depender do protesto da parte prejudicada no momento oportuno, sob pena de preclusão, bem como da comprovação inequívoca do efetivo prejuízo com a indagação formulada fora da ordem sugerida na norma processual.

5. Não se pode olvidar que, no moderno sistema processual penal, não se admite o reconhecimento de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, vigorando a máxima *pas de nullité sans grief*, a teor do que dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

6. Assim, na hipótese, não se mostra relevante a questão da inversão da ordem de inquirição, pois mesmo que o magistrado tivesse formulado perguntas às testemunhas arroladas pelo órgão de acusação em momento posterior à defesa, mas de tais depoimentos tenha extraído os elementos de convicção exclusivos que sustentaram a decisão condenatória. Contudo, tal não ocorreu, pois a condenação foi lastreada em outros meios de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prova, não havendo, assim falar em violação ao sistema penal acusatório.

7. Não se olvida que a investigação não pode ser baseada, unicamente, em denúncia anônima. Entretanto, se a interceptação telefônica foi precedida de investigação policial para a constatação de fato concreto, em que se verificou a possibilidade da veracidade das condutas narradas na informação, tal providência torna a persecução e as medidas cautelares requeridas válidas.

8. Inexistente a afronta do princípio do devido processo legal não se declara a nulidade acéfala da demonstração de prejuízo.

9. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de ser prescindível a realização de perícia para a identificação da vozes captadas nas interceptações telefônicas, especialmente quando pode ser aferida por outros meios de provas e diante da ausência de previsão na Lei nº 9.296/1996.

10. É prescindível a transcrição integral das interceptações telefônicas, sendo imperioso, tão somente, a fim de assegurar o amplo exercício da defesa, a degravação dos trechos das escutas que embasaram a peça acusatória. Precedentes do STF.

11. Habeas corpus não conhecido (HC 268.858/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 03/09/2013).

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso especial para excluir a nulidade reconhecida pelo Tribunal *a quo* e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos a fim de que se prossiga no julgamento do mérito do apelo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0219075-0 **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.348.978 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20110076852 20110076852000100 64080067372

PAUTA: 17/12/2015

JULGADO: 17/12/2015

Relator

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

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

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 : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO : ROBERTO CARLOS
ADVOGADO : ALEXANDRO SERRATINE DA PAIXÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

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 maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Relator

Votaram com o Sr. Ministro Nefi Cordeiro os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior.