



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.696 - ES (2010/0160319-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : SAMANTHA PIRES COELHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : EDER RODRIGUES DA SILVA

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. (1) ART. 212 DO CPP. ORDEM DAS PERGUNTAS. MAGISTRADO QUE PERGUNTA PRIMEIRO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO (RESSALVA DE ENTENDIMENTO DA RELATORA). (2) COLHEITA DE DEPOIMENTO. LEITURA DAS DECLARAÇÕES PRESTADAS PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. RATIFICAÇÃO. NULIDADE. RECONHECIMENTO.

1. O entendimento que prevaleceu nesta Corte é de que, invertida a ordem de perguntas, na colheita de prova testemunhal (CPP, art. 212, redação conferida pela Lei n. 11.690/2008), tem-se caso de nulidade relativa, a depender de demonstração de prejuízo - o que não se apontou. Ressalva de entendimento da Relatora.

2. A produção da prova testemunhal é complexa, envolvendo não só o fornecimento do relato, oral, mas, também, o filtro de credibilidade das informações apresentadas. Assim, não se mostra lícita a mera leitura pelo magistrado das declarações prestadas na fase inquisitória, para que a testemunha, em seguida, ratifique-a.

3. Ordem concedida para anular a ação penal a partir da audiência de testemunhas de acusação, a fim de que seja refeita a colheita da prova testemunhal, mediante a regular realização das oitivas, com a efetiva tomada de depoimento, sem a mera reiteração das declarações prestadas perante a autoridade policial.

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: "Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior concedendo a ordem, e o voto do Sr. Ministro Vasco Della Giustina no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (voto-vista) e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 14 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.696 - ES (2010/0160319-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : SAMANTHA PIRES COELHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : EDER RODRIGUES DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EDER RODRIGUES DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Apelação Criminal nº 024090112319).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, concedido o direito de recorrer em liberdade.

Constou da sentença, no que interessa:

Preliminarmente, a defesa arguiu nulidade processual por violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal, uma vez que na audiência de instrução este Juiz formulou questionamentos às testemunhas e depois os quais foram feitos à sucessivamente, pelo Ministério Público e pela Defesa, em ofensa a ordem dada pelo artigo em comento.

Quanto a preliminar ora analisada, deixo de acolhê-la, eis que o próprio dispositivo autoriza e obriga o Juízo a perseguir a verdade real. Não está o Juízo obrigado a obedecer formalidades cronológicas, ritualísticas e estanques para consignar as perguntas e respostas, desde que o faça na busca da verdade real.

Sustenta, também, preliminarmente, ter havido violação ao princípio do contraditório e ao disposto no artigo 203 do Código de Processo Penal, pelo fato de as testemunhas, quando inquiridas em juízo, terem se reportado às declarações prestadas em sede policial que lhes foram lidas por este Juízo.

A alegação da defesa, que encontra respaldo em certa doutrina, está fundada na lógica de que o inquérito policial, por tratar-se de peça meramente informativa destinada à formação do convencimento da acusação, não deveria sequer acompanhar a inicial acusatória, pela razão de estar fundado em um procedimento administrativo que, ao menos em tese, não seria regido pelo contraditório.

A crítica volta-se contra o fato de as inquirições das testemunhas terem sido realizadas com base nas declarações por elas prestadas em sede policial, visto que naquela ocasião, em razão do princípio inquisitivo que vige na fase inquisitorial, não houve espaço para ciência e oportunidade de reação do acusado.

É oportuno registrar que a inquirição, das testemunhas foi feita em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo, ocasião em que, frise-se, estava presente o defensor do acusado, conforme se depreende da termo de assentada juntado às fls. 77/78 e 101 dos autos. Fixadas essas premissas, é de se concluir que o expediente adotado não violou o princípio constitucional do contraditório, já que, embora as testemunhas tenham se reportado e confirmado depoimento anterior, o fizeram na presença do defensor do acusado, a quem foi reservado não só o direito de proceder aos questionamentos que julgasse necessários, mas também de reagir contra o que se mostrasse inconveniente aos interesses do seu cliente.

Isto posto, não há que se falar em violação do princípio do contraditório, já que à defesa, por ocasião da inquirição das testemunhas arroladas pela acusação, foi garantida a ciência plena do conteúdo dos depoimentos e, ainda, a oportunidade de se manifestar sobre eles mediante as arguições que entendesse oportunas, conforme evidenciam os termos de fls. 77/78 e 101. Corroborando este entendimento, já foi decidido: (fls. 171-173).

Irresignada, a Defesa apelou, sendo rejeitada a preliminar suscitada e negado provimento ao recurso. Consta do aresto, no que interessa (fls. 271/274):

(PRELIMINARES)

A defesa reitera, nesta seara recursal, as questões preliminares suscitadas nas alegações finais (fls. 119/133) e rechaçadas pelo MM. Juiz de primeiro grau.

De início, alega suposta nulidade absoluta resultante da simples inobservância da ordem de inquirição estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal, pois o Douto Julgador, na audiência de instrução, formulou perguntas às testemunhas e, somente depois, concedera tal oportunidade, sucessivamente, à acusação e defesa (fls. 76/79).

De fato, nos termos do artigo 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal, com redação determinada pela novel Lei nº 11.690/2008, que substituiu o sistema presidencial pelo acusatório, após a inquirição direta das testemunhas pelas partes, o juiz poderá fazer suas perguntas para complementar aquelas sobre os pontos não esclarecidos.

Contudo, a mera inversão de tal ordem de inquirição, quando o juiz ouve as testemunhas antes das perguntas formuladas pelas partes, não acarreta nulidade processual, se inexistir demonstração de efetivo prejuízo ao exercício da ampla defesa, conforme o artigo 566 do Código de Processo Penal, como ocorre no presente caso, onde o defensor teve a oportunidade de contraditar todos os depoimentos anteriormente prestados.

Vejamos os seguintes julgados (destaquei):

(...)

Sustenta a defesa, outrossim, violação ao artigo 203 do Código de Processo Penal, porque as testemunhas de acusação, quando inquiridas em Juízo, apenas reportaram-se às declarações prestadas na esfera policial, lidas pelo Magistrado que presidia a audiência.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, todavia, consolidou o entendimento segundo o qual a ratificação, perante a autoridade judicial, sob o crivo do contraditório, dos depoimentos prestados na fase inquisitória, por si só, não acarreta a nulidade do julgamento, mormente quando à defesa técnica fora concedida a oportunidade de reformular as perguntas às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunhas, no interesse do acusado (termo de fls. 78/79):

(...)

Por fim, a defesa afirma ter havido afronta ao artigo 217, caput e parágrafo único, do Código de Processo Penal, com redação atribuída pela Lei nº 11.690/2008, visto que a vítima fora inquirida sem a presença do acusado (fls. 101/102), o qual nem sequer entrara na sala de audiência, sem qualquer fundamentação concreta para tanto.

Sob minha ótica, a permanência do acusado fora do recinto da audiência, quando houver fundado temor de que sua presença pode prejudicar a plena liberdade das declarações a serem prestadas pela testemunha ou vítima, não constitui cerceamento de defesa, quando assegurado o acompanhamento da inquirição pelo seu defensor.

Nesse sentido posiciona-se este Egrégio Tribunal (destaquei):

(...)

No presente caso, segundo ressaltou o MM. Juiz de primeiro grau, no momento da audiência, a testemunha demonstrou estar muito abalada com o fato noticiado nos autos, o que se corroborou pelo próprio teor do seu depoimento, no qual declarou que “depois desse assalto emagreceu bastante e não sai mais de casa” (fls. 102). Aliás, em crimes desta espécie, é natural o temor do ofendido em relação àquele que o subjugara durante a ação delituosa.

Nesse contexto, restou plenamente justificada a inquirição da vítima sem a presença do apelante, o que não lhe acarretou qualquer prejuízo, pois fora representado por seu defensor.

Por tais razões, rejeito as preliminares arguidas pelo apelante.

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante sustenta que "a decisão proferida pelo Tribunal de origem foi completamente contrária ao que prevê o art. 212 do CPP", violando o sistema acusatório, o devido processo legal e o princípio da dignidade da pessoa humana. Aduz que "a oitiva das testemunhas deve ser procedida com perguntas feitas direta e primeiramente pela acusação e depois pela Defesa e, somente ao final, o magistrado 'poderá complementar a inquirição', se houver esclarecimento necessário" (fl. 6).

Sustenta que a prática verificada por ocasião da audiência de instrução, de iniciar a inquirição de testemunhas pela leitura das declarações prestadas na fase policial, é uma afronta à ampla defesa e ao art. 203 do CPP. Afirma que tal ato, "além de minar a espontaneidade dos depoimentos das testemunhas, afronta flagrantemente o princípio da audiência bilateral" (fl. 7).

Assevera que o paciente não esteve presente na oitiva da vítima, mas "nenhum motivo foi apontado para que o réu não estivesse presente ao ato ora requerido", em afronta ao art. 217 do CPP, ocorrendo a presunção de intimidação e periculosidade do paciente.

Requer, liminarmente, seja suspenso o curso do processo, até o julgamento definitivo do *writ*, uma vez que com o trânsito em julgado da presente ação penal o ora paciente iniciará o cumprimento da pena. No mérito, pugna pela anulação da ação penal a partir dos vícios apontados.

A liminar foi indeferida, fls. 295-298.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foi requerida preferência no julgamento, fl. 301.

Informações foram prestadas às fls. 306-340, 342-358.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 361-365, da lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco D. Teixeira, opinando pela concessão da ordem.

O Supremo Tribunal Federal concedeu ordem de *habeas corpus*, determinando o julgamento do presente feito em até dez sessões.

Segundo as últimas informações, após a sentença, foi expedido alvará de soltura em favor do paciente. Em 17 de fevereiro de 2011, foi expedida carta de guia definitiva, não havendo ainda o paciente iniciado a execução da pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.696 - ES (2010/0160319-0)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. (1) ART. 212 DO CPP. ORDEM DAS PERGUNTAS. MAGISTRADO QUE PERGUNTA PRIMEIRO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO (RESSALVA DE ENTENDIMENTO DA RELATORA). (2) COLHEITA DE DEPOIMENTO. LEITURA DAS DECLARAÇÕES PRESTADAS PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. RATIFICAÇÃO. NULIDADE. RECONHECIMENTO.

1. O entendimento que prevaleceu nesta Corte é de que, invertida a ordem de perguntas, na colheita de prova testemunhal (CPP, art. 212, redação conferida pela Lei n. 11.690/2008), tem-se caso de nulidade relativa, a depender de demonstração de prejuízo - o que não se apontou. Ressalva de entendimento da Relatora.

2. A produção da prova testemunhal é complexa, envolvendo não só o fornecimento do relato, oral, mas, também, o filtro de credibilidade das informações apresentadas. Assim, não se mostra lícita a mera leitura pelo magistrado das declarações prestadas na fase inquisitória, para que a testemunha, em seguida, ratifique-a.

3. Ordem concedida para anular a ação penal a partir da audiência de testemunhas de acusação, a fim de que seja refeita a colheita da prova testemunhal, mediante a regular realização das oitivas, com a efetiva tomada de depoimento, sem a mera reiteração das declarações prestadas perante a autoridade policial.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O objeto da impetração biparte-se em: a) nulidade na colheita de testemunhos, em razão da violação da ordem estabelecida no art. 212 do Código de Processo Penal; b) violação do contraditório em razão de suposta irregularidade na oitiva de testemunhas.

Em relação ao primeiro aspecto, violação ao art. 212 do CPP, segundo a minha ótica particular, com razão se encontrava o primeiro posicionamento externado pela colenda Quinta Turma desta Corte, quando assentou:

HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JULGAMENTO. SISTEMA PRESIDENCIALISTA ADOTADO. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.

2. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma, como na hipótese vertente.

3. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP.

(HC 145.182/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 10/05/2010)

Tal compreensão veio a ser abrandada, passando-se a entender tratar-se nulidade apenas relativa:

HABEAS CORPUS. ARTS. 316 e 288 DO CP. NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. SISTEMA ACUSATÓRIO. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. EIVA RELATIVA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. SEGURANÇA JURÍDICA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos.

2. Em anterior writ aqui impetrado, esta Corte Superior de Justiça reconheceu a eiva ora reclamada na mesma ação penal em tela, embora em ato distinto, considerando tratar-se de nulidade absoluta.

3. Nos dias atuais, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça evoluiu para exigir que o reconhecimento da nulidade pela inobservância do disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal seja precedida da sua arguição oportuna, bem como da comprovação do efetivo prejuízo suportado.

4. Embora não se tenha notícia de eventual sentença condenatória proferida na ação penal em tela, o que impede o reconhecimento de prejuízo em detrimento do paciente com a utilização da prova colhida em desconformidade com o modelo legal para a formação da convicção do magistrado, evita-se, em nome da segurança jurídica, a adoção de soluções díspares para a mesma questão no bojo do mesmo processo.

5. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 210.703/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 09/11/2011)

Registro que restei vencida no seguinte *writ*:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI Nº 11.690/08. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado *cross-examination*, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

2. A nova lei objetivou não somente simplificar a colheita de provas, mas procurou, principalmente, garantir mais neutralidade ao magistrado e conferir maiores responsabilidades aos sujeitos parciais do processo penal, que são, na realidade, os grandes interessados na produção da prova.

3. No caso, observa-se que o juiz de primeiro grau concedeu às partes a oportunidade de questionar as testemunhas diretamente. A ausência dessa fórmula gera nulidade absoluta do ato, pois se cuida de regramento jurídico cogente e de interesse público.

4. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade de natureza relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes.

5. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP: " não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

6. Habeas corpus denegado.

(HC 121215/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 22/02/2010)

A partir de então, tenho me curvado ao entendimento da r. Sexta Turma, *verbis*:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

1. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art.

212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado *cross-examination*, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

2. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes.

3. No caso, muito embora a oitiva das testemunhas não tenha sido procedido com perguntas feitas inicialmente pelas partes, não se observando, portanto, a ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, certo é que, o ato cumpriu sua finalidade, como destacado pelo acórdão recorrido, com ampla participação das partes, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não verifico qualquer prejuízo efetivo ao acusado.

4. Recurso a que se nega provimento.

(RHC 27.719/SE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 13/10/2011)

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA E DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 514 DO CPP. CRIME INAFIANÇÁVEL. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE OITIVA DE TESTEMUNHAS NÃO INDICADAS PELAS PARTES. ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

1. É sabido que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, só admissível se emergente dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade delitivas, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que inócorre na espécie.

2. O paciente é acusado de, no exercício da função de inspetor de polícia civil no Estado do Rio de Janeiro, solicitar vantagem econômica indevida para não reprimir as ações voltadas à exploração do "jogo do bicho". A denúncia narra a ocorrência de fato típico, não padecendo do vício de inépcia, pois satisfaz todos os requisitos do art. 41 do CPP, sendo mister a deflagração da persecução penal.

3. Noutro giro, improcede a alegação de nulidade por inobservância do rito previsto no art. 514 do CPP. Isso porque tal preceito somente é aplicável aos crimes funcionais afiançáveis. Na hipótese dos autos, imputa-se ao paciente o delito do art. 317, § 1º, do CP, chamado pela doutrina "corrupção passiva exaurida". A sanção corporal cominada a tal infração é a estabelecida para a corrupção passiva - a saber, de 2 (dois) a 12 (doze) anos -, aumentada de 1/3 (um terço), não se lhe albergando, portanto, o instituto da fiança (art. 323, I, do CPP).

4. Improcede a sustentação de violação ao princípio acusatório, pois o ordenamento faculta ao juiz, de ofício, determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, bem assim, ouvir testemunhas que não tenham sido indicadas pelas partes, desde que contribuam para o deslinde



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos fatos.

5. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art.

212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado cross-examination, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

6. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes.

7. Ordem denegada.

(HC 147.634/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 04/05/2011)

Tendo em vista a ausência de demonstração de prejuízo para o exercício da defesa, em atenção à posição firmada por esta Casa de Justiça, destaco que a ordem não merece prosperar, neste particular.

Passo, então, ao segundo ponto da impetração.

Trata-se da maneira pela qual o magistrado de primeiro grau efetuou a oitiva de testemunhas de acusação. Na espécie, o juiz leu os depoimentos prestados perante a autoridade policial, indagando, em seguida, às testemunhas, se elas ratificavam tais declarações.

A jurisprudência desta Corte não identifica ilegalidade em tal proceder:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE TESE DEFENSIVA NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NESTA CORTE SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE COLIDÊNCIA DE DEFESAS. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. RÉS DEFENDIDAS POR ADVOGADOS DIFERENTES A PARTIR DA DIVERGÊNCIA DE INTERESSES. RATIFICAÇÃO DE DEPOIMENTOS EM JUÍZO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. EXCESSO DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA NÃO CONFIGURADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. A alegação de falta de apreciação, na sentença de pronúncia, de tese defensiva, não foi apreciada pelo Tribunal a quo no acórdão impugnado, o que inviabiliza o exame das matérias por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Só se configura o conflito de defesas na hipótese em que um réu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atribui a outro a prática criminosa que só pode ser imputada a um único acusado, de modo que a condenação de um ensejará a absolvição do outro, ou quando o delito tenha sido praticado de maneira que a culpa de um réu exclua a do outros. Precedentes do STJ.

3. In casu, incorreu colidência de defesa, já que as co-rés foram patrocinadas por defensores distintos a partir do momento em que os depoimentos demonstraram-se conflitantes.

4. **Inexiste ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório na ratificação, em juízo, de depoimentos colhidos na fase inquisitorial, quando foi oportunizada à defesa a realização de perguntas e reperguntas às testemunhas inquiridas. Aplicação do princípio do pas de nullité sans grief.**

5. Na sentença de pronúncia, o Magistrado não pode proferir colocações incisivas e considerações pessoais em relação ao réu nem se manifestar de forma conclusiva ao acolher o libelo ou rechaçar tese da defesa a ponto de influenciar na valoração do Jurados, sob pena de subtrair do Júri o julgamento do litígio 6. Entretanto, o comedimento desejado não pode ser tamanho a ponto de impedir que o Juiz não possa explicar seu convencimento quanto à existência de prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

7. In casu, o douto Magistrado, ao pronunciar a ré, atentou-se aos limites de sobriedade impostos a fim de legitimar a segunda fase do processo.

8. Habeas Corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

(HC 128.716/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 23/11/2009)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RATIFICAÇÃO DE DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PRETENDENDO MAJORAÇÃO DA PENA. RECURSO DESPROVIDO.

1. **É pacífico o entendimento desta Corte de que o fato das testemunhas terem ratificado o depoimento prestado anteriormente não nulifica o julgamento, tampouco viola o contido no art. 203 do Código de Processo Penal.**

2. Não há que se falar em nulidade se foi devidamente observada a ampla defesa e o contraditório, tendo sido oportunizado à defesa, após a ratificação dos depoimentos, a possibilidade de realizar reperguntas às testemunhas visando sanar eventuais dúvidas.

3. A reformatio in pejus indireta ocorre quando há recurso exclusivo da defesa. No presente caso, fica afastada essa hipótese, pois existia apelação do Ministério Público pretendendo a majoração da pena imposta.

4. Recurso em habeas corpus desprovido.

(RHC 15.365/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 21/09/2009)

A despeito de tais precedentes, penso que se trata de ótima oportunidade para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

repensar o tema.

Note-se que o Pretório Excelso já apontou contrariedade a tal modo de colheita de prova.

Colhe-se do voto do eminente, hoje aposentado, Ministro Carlos Velloso:

(...)

Quanto à segunda tese, no sentido de que o juiz, na inquirição das testemunhas, limitou-se a perguntar se confirmava depoimento prestado na polícia, também não assiste razão impetrante.

O acórdão ora impugnado, prolatado pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, repeliu esse argumento, assim:

(...)

É, sem dúvida, prática condenável, repudiada pela doutrina, mas, no caso, como registra o parecer do Ministério Público Federal, **o defensor do** paciente não apresentou objeção, nem formulou qualquer pergunta na audiência, conforme lhe faculta o disposto no art. 211 do CPP, além **de nada arguir a esse respeito nas alegações finais**. (HC 75652, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 04/11/1997, DJ 19-12-1997 PP-00043 EMENT VOL-01896-02 PP-00414)

Percebe-se, portanto, que o Pretório Excelso, em tal caso, viu como prática condenável tal forma de inquirição das testemunhas, contudo, não decretou a nulidade, dada a ausência de impugnação tempestiva.

Em outra ocasião, mais antiga, é certo, o Supremo Tribunal deu provimento a recurso em *habeas corpus*, em situação assemelhada à presente, inclusive reportando-se a outro precedente do STF (RTJ 69/61, 2.^a Turma). Invoco, então, os seguintes trechos:

A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do procurador Valim Teixeira (fls. 66/67), opina pelo provimento do recurso, mediante a seguinte fundamentação, *verbis*:

(....)

3. Quanto à segunda alegação, a nosso ver, ocorre, também, a nulidade arguída. De fato, a ratificação, pura e simples, de depoimento prestado em inquérito, ofende a regra do contraditório ensejando a nulidade do processo, o que se verificou no caso em exame, como se vê dos depoimentos trasladados às fls. 15-16. O Colendo Supremo Tribunal Federal, apreciando hipótese idêntica, já decidiu que depoimento prestado em tais condições, "prejudica a apuração da verdade substancial e ofende o princípio constitucional do contraditório. Recurso provido" (RTJ 69/61, 2.^a Turma).

(....)

II - Como bem esclareceu a douta Procuradoria-Geral, no caso sub



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judice, o Juiz também se limitou a esse tipo de procedimento, não inquirindo efetivamente as testemunhas arroladas na denúncia, que se limitaram a ratificar as declarações anteriormente prestadas na fase informativa de inquérito, como se vê às fls. 15/16 destes autos.

(...)

Por estes motivos, e à vista dos fundamentos constantes do parecer da doutra Procuradoria-Geral da República e de precedente deste Pretório Excelso ali invocado, dou provimento ao recurso, para, concedendo a ordem, decretar a nulidade do processo-crime a partir da instrução criminal, inclusive, realizando-se nova audiência de inquirição das testemunhas arroladas na denúncia, obedecidas as demais formalidades da lei. (RHC 54161, Relator(a): Min. CUNHA PEIXOTO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/02/1976, DJ 26-04-1976, RTJ VOL-00078-01 PP-00131).

O Tribunal *a quo* afastou a ocorrência de nulidade, dado que a Defesa encontrava-se presente na audiência, tida por ilegal, na qual teve oportunidade para formular perguntas para as testemunhas.

Ocorre que, na minha ótica, o principal problema do fato trazido a exame nem reside tanto na questão do contraditório, mas na forma como a prova ingressou nos autos.

O depoimento da testemunha ingressa nos autos, de maneira oral, de acordo com a própria dicção do Código de Processo Penal:

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e **relatar o que souber**, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias **pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade**. (destaquei).

Deste comando, retiram-se, em especial duas diretrizes. A primeira, ligada ao *relato*, que será oral, como reforça a regra do art. 204 (*O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito*). A segunda, refere-se ao filtro de fidedignidade. Tal peculiaridade, relativa ao modo pelo qual a prova ingressa nos autos, a meu sentir, é a que foi maculada pelo modo como empreendida a instrução, *in casu*. O depoimento, efetuado em sede policial, é chancelado como judicial, com uma simples confirmação. Não há como se aferir, penso, credibilidade desta maneira. E, mais, com a singela providência de ratificação, estar-se-á a enfraquecer a norma do art. 204 do CPP.

Monografista do tema, o atual Diretor da Faculdade de Direito da USP, Professor ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, destaca a "indeclinável exigência de submissão dos procedimentos probatórios a certas regras - lógicas, psicológicas, éticas, jurídicas, etc. -, cuja inobservância acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sociedade no seio da qual o mesmo é realizado" (*Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 92).

Prossegue o nobre autor:

Esses limites probatórios podem ter fundamentos *extra-processuais* (*políticos*), como ocorre em relação à proibição de introdução de provas obtidas com violação de direitos fundamentais, ou *processuais* (*lógicos, epistemológicos*), quando se excluem, por exemplo, as provas impertinentes, irrelevantes, ou que possam conduzir o julgador a uma avaliação errônea.

(...)

A *admissibilidade* da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos; (...)

(...)

Mas, como pondera Damaska, nos ordenamentos da *civil law* semelhantes propósitos podem estar implícitos em certas regras sobre a prova, como ocorre com os princípios da imediação e oralidade, que sugerem que a prova com a qual o juiz teve um contacto direto é mais forte do que aquela obtida de fontes mais remotas; assim, por exemplo, **no ordenamento federal alemão, prescreve-se que a testemunha deve ser ouvida, salvo algumas exceções, perante o tribunal, não podendo essa inquirição ser substituída pela leitura de um depoimento anterior** [V. Karl-Heinz Gössel. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha, trad. Manoel Costa Andrade, Revista portuguesa de ciência criminal, 2(3):417, 1992].

(...)

A observância ao contraditório na introdução da prova no processo assume seus contornos mais característicos em relação à inquirição das testemunhas, pois se trata de prova de estrutura complexa, em que se ressaltam dois componentes essenciais: a *narração do fato e o comportamento do depoente*; disso decorre a constatação de que a aquisição da prova não se limite à documentação de uma informação, mas exige uma participação ativa de quem realiza a inquirição, com o objetivo de se proceder, concomitantemente, a uma valoração sobre a idoneidade do testemunho. (*Op. cit.*, p. 92-152, destaquei).

Assim, segundo a minha ótica, amparado nos referidos precedentes do STF e na melhor doutrina, é nula a tomada de depoimento do modo como ocorrido *in casu*.

Acerca dos cuidados que devemos ter na seara penal, tendo em vista a dimensão sempre parcimoniosa do emprego do poder punitivo, penso ser o caso trazer a contexto as seguintes palavras do preclaro, hoje aposentado, Ministro EROS GRAU:

(...)

17. Não vivemos ainda um tempo de guerra, um tempo sem sol, embora de quando em quando o sintamos próximo a nós. Sobre tudo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando os que nos cercam assumem a responsabilidade pelo combate ao crime e aos criminosos, atribuindo a si mesmos poderes irrestritos, transformando-se em justiceiros. Milícias que em outros tempos faziam-nos às escondidas agora se reúnem nas casas ao lado das nossas casas, entre nossos irmãos e amigos. Combate-se o crime com o crime, os linchamentos ocorrendo cotidianamente nas mídias.

Em outra ocasião observei que o Estado de direito viabiliza a preservação das práticas democráticas, instalando-se como regra que o imaginário social sustenta. Aqui e ali, no entanto, nesse ou naquele momento, no nosso tempo com azeda frequência, o Estado de direito tem sido excepcionado, com o que o direito de defesa resulta sacrificado.

Pois é disso que se trata, na raiz, quando cogitamos do Estado de direito: direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime. Direito a todos assegurados pela regra do Estado de direito. Como regra. Por isso usufruímos a tranqüilidade que advém da segurança de sabermos que se um irmão, amigo ou parente próximo vier a ser acusado de ter cometido algo ilícito, não será arrebatado de nós e submetido a ferros sem antes se valer de todos os meios de defesa em qualquer circunstância à disposição de todos. Tranqüilidade que advém de sabermos que a Constituição do Brasil assegura ao nosso irmão, amigo ou parente próximo a garantia do habeas corpus, por conta da qual qualquer violência que os alcance, venha de onde vier, será coibida.

A regra do Estado de direito tem sido, no entanto, reiteradamente excepcionada entre nós. A classe média, sobretudo a classe média, já não a deseja senão para o irmão, o amigo, o parente de cada um. O individualismo que domina, o egoísmo que preside as nossas relações com o outro não quer mais saber da lei e da Justiça, que "só servem para soltar quem a polícia prende...".

O trágico que se manifesta em nosso cotidiano está em que a exceção aqui se manifesta não como algo momentâneo, singular como que a confirmar a regra mas permanente. O seu caráter temporário é confirmar a regra - mas permanente. O seu caráter temporário é diluído e ela se estende no tempo. Este é o drama que suportamos. Agora somos mais originais. Pois é a própria sociedade que clama, de quando em quando, pela suspensão da ordem constitucional. Somos tão originais que dispensamos quaisquer déspotas para nos tornarmos presa do pior dos autoritarismos, o que decorre da falta de leis e de Justiça. O estado de sitio instala-se entre nós no instante em que recusamos aos que não sejam irmãos, amigos ou parentes o direito de defesa, combatendo-os aqui uso palavras de PAULO ARANTES como se fossem "parcelas-fora-da-Constituição".

Assim, ao abrir mão das garantias mínimas do Estado de direito, o que poderíamos chamar de a nossa sociedade civil submete-se a um estado de exceção permanente, prescindindo de qualquer déspota que a oprima.

18. O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é por um lado a divisão do trabalho; por outro a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada admite-se que todos cumpram as mesmas funções. Divisão de funções, não separação de poderes, qual tenho insistido em textos acadêmicos e em inúmeros votos prolatados neste Tribunal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), seja através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, quanto do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I).

19. O combate à criminalidade, garantia da segurança pública, inevitavelmente entra em testilhas, em certos momentos, com pretensões, legítimas ou não, de direito individual. Eis porque nos Estados de direito há, à disposição dos cidadãos, um Poder Judiciário independente, com a função de arbitrar esses conflitos, declarando ao indivíduo quais constrangimentos o ordenamento jurídico o obriga a suportar, quais os que se não lhe pode impor.

Isso tem sido no entanto ignorado nos dias que correm, de sorte que alguns juízes se envolvem direta e pessoalmente com os agentes da Administração, participando do planejamento de investigações policiais que resultam em ações penais de cuja apreciação e julgamento eles mesmos serão incumbidos, superpondo os sistemas inquisitório e misto, a um tempo só recusando o sistema acusatório.

Este, contemplado pelo nosso ordenamento jurídico, impõe sejam delimitadas as funções concernentes à persecução penal, cabendo a Polícia investigar, ao Ministério Público acusar e ao Juiz julgar, ao passo que no sistema inquisitório essas funções são acumuladas pelo Juiz. Basta tanto para desmontar as estruturas do Estado de direito, disso decorrendo a supressão da jurisdição. O acusado já então não se verá face a um Juiz independente e imparcial. Terá diante de si uma parte acusadora, um inquisidor a dizer-lhe algo como "já o investiguei, colhi todas as provas, já me convenci de sua culpa, não lhe dou crédito algum, mas estou a sua disposição para que me prove que estou errado"! E isso sem sequer permitir que o acusado arrisque a sorte em ordálias... (HC 95009, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640)

Desta forma, verifico que a insurgência deve ser acolhida, até mesmo porque a Defesa, conforme consta do termo de audiência, fl. 99, insurgiu-se, de forma reiterada, em preliminar de alegações finais e de apelação.

Ante o exposto, concedo a ordem para anular ação penal a fim de que seja refeita a colheita da prova testemunhal, mediante a regular realização das oitivas, com a efetiva tomada de depoimento, sem a mera reiteração das declarações prestadas perante a autoridade policial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0160319-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 183.696 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 24090112319

EM MESA

JULGADO: 13/12/2011

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : SAMANTHA PIRES COELHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : EDER RODRIGUES DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 concedendo a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Aguarda o Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes."

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.696 - ES (2010/0160319-0)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Senhora Presidente, pedi vista para melhor refletir quanto à questão referente ao procedimento adotado por ocasião da oitiva de testemunhas.

É certo que se firmou o entendimento, aqui e no Supremo Tribunal Federal, de que a simples ratificação pela testemunha de depoimento anterior, sem que o Juiz lhe faça perguntas, constitui nulidade relativa, só podendo viciar o feito quando e se suscitada a tempo e caso demonstrado efetivo prejuízo. Confirmam-se:

[...]

II - A eventual nulidade verificada na oitiva das testemunhas, mediante a simples leitura do depoimento prestado na fase de inquérito, indagando-se, em seguida, pela confirmação da versão inicial dos fatos, é relativa. Se o defensor do réu, presente na audiência, nada reperguntou, nem levantou qualquer objeção, não há como reconhecer qualquer vício (Precedentes).

[...]

(HC n. 15.385, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 13/8/2001)

[...]

Quanto à segunda tese, no sentido de que o juiz, na inquirição das testemunhas, limitou-se a perguntar se confirmavam o depoimento prestado na polícia, também não assiste razão ao impetrante.

O acórdão ora impugnado, prolatado pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, repeliu este argumento, assim:

"Argúi o apelante que a condenação baseou-se em instrução irregular, pois o Juiz se limitou a ter os depoimentos das testemunhas na fase policial, tendo estas os ratificado.

Conquanto achemos tal prática nociva, devendo o Juiz, a rigor, reinquirir as testemunhas, não vemos propriamente nulidade, pois o defensor se encontrava presente e a ele foi dada oportunidade de fazer perguntas, não o tendo feito.

Além disso, o depoimento extrajudicial foi lido em voz alta e as testemunhas com ele concordaram, não havendo que se falar em nulidade, mas mera irregularidade, que deveria ter sido arguída na oportunidade ou até as alegações finais, não tendo sido feito." (fl. 48)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É, sendo dúvida, prática condenável, repudiada pela doutrina, mas, no caso, como registra o parecer do Ministério Público Federal, o defensor do paciente não apresentou objeção, nem formulou qualquer pergunta na audiência, conforme lhe faculta o disposto no art. 211 do CPP, além de nada argüir a esse respeito nas alegações finais.

Trata-se de nulidade relativa, que ficou sanada por não ter sido argüida em tempo oportuno. Foi esse o entendimento da Primeira Turma, no HC 69.539-RJ, Relator Min. Sepúlveda pertence. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

"Testemunha. inquirição: leitura e confirmação de declarações prestadas no inquérito policial, que, nas circunstâncias do caso, não violou a garantia do contraditório; nulidade alegada, ademais, que quando existente, além de aparentemente coberta pela preclusão (C. Pr. Pen. arts. 471, par. 2o. e 410), não poderia ser invocada em favor do paciente, cuja defesa contribuiu para a ocorrência do fato (C. Pr. Pen., art. 565)." (RTJ 144/279)

Esta turma não destoou desse entendimento ao julgar o HC 74.459-RJ, de que fui Relator:

'EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXAME DE INSANIDADE MENTAL. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE DEFESA. QUESTÕES LEVANTADAS PELA DEFESA: ANÁLISE PELO TRIBUNAL.

I - Tendo o paciente alegado, durante o interrogatório, que era portador de doença mental, o Juiz determinou a realização do exame pericial e o desmembramento do processo, com base no art. 80 do C.P.P, em face de existência de co-réus com prisão decretada.

II - Não demonstrado prejuízo para a defesa, por terem as testemunhas apenas ratificado os depoimentos prestados na fase do inquérito policial, mesmo porque o defensor do paciente poderia ter inquirido essas testemunhas.

III - Não há falar em ausência de defesa, se o defensor do paciente apresentou defesa prévia e alegações finais, impetrou três ordens de **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça e, após a sentença condenatória, o advogado constituído pelo paciente apelou e fez sustentação oral por ocasião do julgamento do recurso.

IV - As questões levantadas pela defesa na apelação criminal foram devidamente analisadas pelo acórdão impugnado.

V - H.C indeferido. ('DJ' 28.2.97)."

Do exposto, indefiro o *writ*.

(HC n. 75.652, Ministro Carlos Velloso, Primeira Turma, DJ 19/12/1997)

Encontramos na doutrina semelhante entendimento:

21. Ratificação de anterior depoimento: é causa de nulidade relativa. Caso o juiz limite-se a indagar da testemunha se confirma o seu depoimento anterior, prestado na polícia, por exemplo, é preciso que alguma das partes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presentes apresente sua objeção, inscrita no termo. Assim fazendo, futuramente, poderá ser reconhecida a nulidade do ato processual, pela prova do evidente prejuízo, consistente em não ter havido depoimento algum, sob o crivo do contraditório, mas mera confirmação de declarações prestadas em fase inquisitiva. Entretanto, sem o protesto de qualquer das partes, não há que se considerar nulo o ato, pois o prejuízo não pode ser presumido.

(NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10ª ed., pág. 481)

Ainda quanto à questão da nulidade relativa, Ada Pellegrini, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes ensinam-nos que a *decretação da nulidade implica perda da atividade processual já relacionada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável desta forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar a aplicação da sanção: o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação*. Isso não significa que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência do prejuízo; **normalmente essa demonstração se faz através de simples procedimento lógico**, verificando-se se a perda da faculdade processual conferida à parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado final do processo. [...] Já com relação às nulidades relativas, **o prejuízo sempre deverá ser demonstrado**, jamais sendo evidente, pois o prejuízo não é constatado desde logo, como pode ocorrer nas nulidades absolutas, em razão do que se exige alegação e demonstração do dano pelo interessado no reconhecimento do vício (in *As nulidades no processo penal*. 12ª ed., RT, págs. 28/29).

É certo que, no caso concreto, teve a defesa a oportunidade de inquirir a testemunha e efetivamente o fez, conforme termo de fl. 101. Tal procedimento poderia afastar a nulidade alegada.

Porém é certo também que a defesa técnica, no momento oportuno, como consignado na ata (fl. 99), não só suscitou o vício, requerendo que o procedimento efetivamente adotado fosse outro (perguntas à testemunha, e não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

simples ratificação de depoimento anterior), como também indicou o prejuízo efetivo que sofreria a defesa:

[...] MM. Juiz, antes de inicial a inquirição das testemunhas esse defensor manifestou a contrariedade pela forma como Vossa Excelência costuma proceder. De fato. A anterior leitura das declarações prestadas na esfera policial à testemunha e ao ofendido é uma afronta à ampla defesa. Ao adotar este procedimento, inviabiliza que a defesa se atenha às contradições das testemunhas. Tal procedimento mina a espontaneidade dos depoimentos e viola claramente o princípio da audiência bilateral. Como disse o desembargador Relator Alemer Ferraz Moulin em seu voto na apelação 021.080.106.321 "Tal conduta não representa a melhor técnica a ser adotada". Assim, a defesa entende que a leitura dos depoimentos prestados no IP para ulterior ratificação das testemunhas representa clara quebra da necessária espontaneidade dessas, o que afronta o postulado do contraditório, razão pela qual, requeiro a nulidade dos depoimentos colhidos na data de hoje. [...]

Aliás, a demonstração do prejuízo também ficou evidenciada na própria impetração (fl. 7):

[...] Nesse contexto, destaque-se que, ao adotar tal procedimento, o magistrado de piso inviabiliza que a defesa se atenha às contradições, verificando-se a autenticidade e legalidade da forma como os fatos realmente aconteceram.

Até porque, o ato de inicial a tomada dos depoimentos com a leitura das declarações prestadas por ocasião do Inquérito, além de minar a espontaneidade dos depoimentos das testemunhas, afronta flagrantemente o princípio da audiência bilateral.

Frise-se, a testemunha foi ouvida em juízo algum tempo após os fatos e, para a formação do convencimento do Juiz, seria imprescindível a verificação de sua espontaneidade. Isso porque, com a leitura antecipada das declarações das testemunhas, especialmente as que não são policiais, a necessária espontaneidade fica comprometida.

[...]

Ou seja, as condições para caracterizar a nulidade alegada encontram-se presentes no caso concreto. Aqui, houve não só a impugnação no momento oportuno como a demonstração, dentro do possível, do prejuízo sofrido.

Em meu entender, o simples fato de a defesa ter tido a oportunidade de fazer perguntas e de tê-las feito efetivamente não é suficiente para afastar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nulidade alegada.

Primeiro, porque não pode ser ela agora prejudicada pelo exercício de um direito. O fato de fazer as perguntas não impede o prejuízo alegado, já que a falta de espontaneidade do depoimento prestado, considerando que este se tratou de simples ratificação, já se concretizou.

Segundo, porque tal prejuízo poderia ser amenizado ou mesmo relevado se não tivesse o Juiz do feito desobedecido a ordem estabelecida no art. 212 do Código de Processo Penal, ou seja, caso ele tivesse permitido que as testemunhas fossem primeiro inquiridas pelas partes e depois pelo júri. Caso esse procedimento tivesse ocorrido, poderia a defesa ter explorado a 'espontaneidade' do depoimento da testemunha.

Assim, acompanho a eminente relatora e também **concedo** a ordem, considerando que, no caso concreto, não só o vício alegado foi impugnado no momento oportuno como demonstrou-se o prejuízo sofrido pela defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0160319-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 183.696 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 24090112319

EM MESA

JULGADO: 14/02/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : SAMANTHA PIRES COELHO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : EDER RODRIGUES DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 Sebastião Reis Júnior concedendo a ordem, e o voto do Sr. Ministro Vasco Della Giustina no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (voto-vista) e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.