



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2627793 - SC (2024/0159266-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : L R K
ADVOGADOS : MARLON CHARLES BERTOL - SC010693
LEANDRO HENRIQUE MARTENDAL - SC038879
VINÍCIUS DEMARCHI JUVENCIO - SC044981
WILLIAM HENRIQUE WILLMS - SC061980

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PEDIDO DE CONDENAÇÃO. VÍTIMA OUVIDA APENAS EM SEDE INQUISITORIAL SEM A PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA DEFESA. PROCEDIMENTO DE COLHEITA ANTECIPADA DA PROVA NÃO ADOTADO. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. ART. 155 DO CPP. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Toda a prova que levou a condenação do réu tem como fundamento o relato colhido pela vítima em sede inquisitorial, uma vez que nenhuma das testemunhas presenciou a prática do crime.
2. Não foi adotado nenhum procedimento atinente à colheita antecipada da prova (nem a ouvida especial da Lei 13.431/2017), com a participação efetiva da defesa, uma vez que a vítima não foi submetida ao depoimento especial.
3. No âmbito da Lei 13.431/2017, "a regra legal pela impossibilidade de novo depoimento se justifica porque, no rito legal da ouvida especial, já há acompanhamento da produção da prova pela defesa, o que não foi observado [...]. Não pode a acusação buscar uma aplicação seletiva da Lei, escolhendo somente as partes que lhe interessam e excluindo aquelas que garantem à defesa o direito de participar da formação da prova" (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp n. 2.517.834/SC, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 10/6/2024).
4. "O testemunho indireto (também conhecido como testemunho de 'ouvir dizer' ou *hearsay testimony*) não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do réu" (AREsp n. 1.940.381/AL, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021).
5. Agrado regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agrado regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay

Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 09 de agosto de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2627793 - SC (2024/0159266-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : L R K
ADVOGADOS : MARLON CHARLES BERTOL - SC010693
LEANDRO HENRIQUE MARTENDAL - SC038879
VINÍCIUS DEMARCHI JUVENCIO - SC044981
WILLIAM HENRIQUE WILLMS - SC061980

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PEDIDO DE CONDENAÇÃO. VÍTIMA OUVIDA APENAS EM SEDE INQUISITORIAL SEM A PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA DEFESA. PROCEDIMENTO DE COLHEITA ANTECIPADA DA PROVA NÃO ADOTADO. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. ART. 155 DO CPP. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Toda a prova que levou a condenação do réu tem como fundamento o relato colhido pela vítima em sede inquisitorial, uma vez que nenhuma das testemunhas presenciou a prática do crime.
2. Não foi adotado nenhum procedimento atinente à colheita antecipada da prova (nem a ouvida especial da Lei 13.431/2017), com a participação efetiva da defesa, uma vez que a vítima não foi submetida ao depoimento especial.
3. No âmbito da Lei 13.431/2017, "a regra legal pela impossibilidade de novo depoimento se justifica porque, no rito legal da ouvida especial, já há acompanhamento da produção da prova pela defesa, o que não foi observado [...]. Não pode a acusação buscar uma aplicação seletiva da Lei, escolhendo somente as partes que lhe interessam e excluindo aquelas que garantem à defesa o direito de participar da formação da prova" (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp n. 2.517.834/SC, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 10/6/2024).
4. "O testemunho indireto (também conhecido como testemunho de 'ouvir dizer' ou *hearsay testimony*) não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do réu" (AREsp n. 1.940.381/AL, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021).
5. Agrado regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agrado regimental interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA** contra decisão monocrática que concedeu *habeas corpus*, de ofício, a fim de absolver o réu, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal (e-

STJ, fls. 637-640).

A parte agravante aduz, em síntese, que "a condenação do Agravado não se limitou ao relato inquisitorial da vítima, mas ao conjunto probatório coligido nos autos, notadamente, os depoimentos da bisavó, avó e genitora do menor, angariados em ambas as fases do feito" (e-STJ, fl. 654).

Reforça que "a condenação do Agravante não foi fundamentada apenas na prova produzida na fase policial, havendo menção expressa aos depoimentos prestados, sob o crivo do contraditório, pela avó, bisavó e genitora da vítima, as quais relataram, de forma minuciosa, toda a dinâmica delitiva, elementos que, associados ao relato inquisitorial apresentado pelo ofendido, respaldam a prolação de um decreto condenatório" (e-STJ, fl. 657).

Por fim, assevera que "considerando que a) a ausência de oitiva judicial da vítima foi recomendada pela psicóloga com fulcro na Lei n. 13.431/2017; b) a medida não foi impugnada oportunamente pela defesa (preclusão); e c) o relato extrajudicial do menor restou ratificado nos autos pelos depoimentos judiciais prestados pela avó, bisavó e mãe do ofendido, a reforma da decisão agravada é medida que se impõe, a fim de que seja restabelecida a condenação do Agravado pelo delito de estupro de vulnerável" (e-STJ, fl. 662).

Pede, ao final, o provimento do presente agravo, para restabelecer o acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

A decisão agravada deve ser mantida, pois a parte agravante não trouxe argumentos suficientes para sua alteração.

Como afirmei quando do julgamento monocrático, toda a prova que levou à condenação do réu tem como fundamento o relato colhido pela vítima em sede inquisitorial, uma vez que nenhuma das testemunhas ouvidas na ação penal presenciou a prática do crime, mas se limitaram a relatar em juízo o que ouviram da vítima acerca dos fatos em apuração (e-STJ, fl. 400). A acusação se deu por satisfeita, em suma, com o relato prestado pela vítima ainda em sede inquisitorial, sem a observância do procedimento dos arts. 11 e 12 da Lei 13.431/2017.

Referida Lei, ao estabelecer o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima de violência, dispôs que "[n]ão será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal". No caso dos autos, porém, não foi adotado nenhum procedimento atinente à colheita antecipada da prova, com a participação efetiva da defesa, uma vez que a vítima não foi submetida ao depoimento especial, mas apenas à ouvida unilateral pela Polícia Civil.

Vale destacar que os arts. 11 e 12 da Lei 13.431/2017 dispõem acerca do depoimento especial e os procedimentos a serem adotados na produção antecipada da prova, os quais não foram observados, pois, reafirmo, deixou-se de produzir o relato da vítima acerca dos fatos em apuração, com a participação efetiva da defesa.

De mais a mais, reafirmo que a mesma Lei 13.431/2017, citada pelo recorrente em apoio a sua tese de prescindibilidade de ouvida judicial do ofendido, disciplina em seus arts. 7º a 12 o rito de produção antecipada da prova, com participação da defesa (arts. 11 e 12, IV), que simplesmente não foi seguido neste caso. Como já entendeu este colegiado,

"A regra legal pela impossibilidade de novo depoimento se justifica porque, no rito legal da ouvida especial, já há acompanhamento da produção da prova pela defesa, o que não foi observado quando da inquirição extrajudicial de uma das vítimas (a outra nunca foi nem ouvida). Não pode a acusação buscar uma aplicação seletiva da Lei, escolhendo somente as partes que lhe interessam e excluindo aquelas que garantem à defesa o direito de participar da formação da prova" (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp n. 2.517.834/SC, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 10/6/2024).

Por oportuno, vale lembrar que o testemunho indireto (ou por ouvir dizer) não é suficiente para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime, sendo certo que, na hipótese dos autos, toda a prova que ensejou a condenação do réu está lastreada em testemunhas que não presenciaram o fato criminoso. Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A HOMICÍDIO TENTADO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA SUA REJEIÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. TESTEMUNHO INDIRETO (HEARSAY TESTIMONY) QUE NÃO SERVE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. OFENSA AO ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO, PELA POLÍCIA, DAS TESTEMUNHAS OCULARES DO DELITO, IMPOSSIBILITANDO SUA OUVIDA EM JUÍZO. FALTA TAMBÉM DO EXAME DE CORPO DE DELITO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 6º, III E VII, E 158 DO CPP. DESISTÊNCIA, PELO PARQUET, DA OUVIDA DE DUAS TESTEMUNHAS IDENTIFICADAS E DA VÍTIMA. GRAVES OMISSÕES DA POLÍCIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE RESULTARAM NA FALTA DE PRODUÇÃO DE PROVAS RELEVANTES. TEORIA DA PERDA DA CHANCE PROBATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO DO DEPOIMENTO DO REPRESENTADO. EVIDENTE INJUSTIÇA EPISTÊMICA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE ABSOLVER O RECORRENTE.

1. O representado foi condenado em primeira e segunda instâncias pela prática de ato infracional análogo a homicídio tentado.
2. Como relataram a sentença e o acórdão, a namorada grávida e um amigo do recorrente foram agredidos por J F DA S A após este ter consumido bebida alcoólica, ao que o representado reagiu, golpeando o agressor com um paralelepípedo. Segundo as instâncias ordinárias, constatou-se excesso na legítima defesa, com base nos depoimentos indiretos do bombeiro e da policial militar que atenderam a ocorrência quando a briga já havia acabado. Esses depoentes, por sua vez, relataram o que lhes foi informado por "populares", testemunhas oculares da discussão que não chegaram a ser identificadas ou ouvidas formalmente pela polícia, tampouco em juízo.
3. O testemunho indireto (hearsay testimony) não se reveste da segurança necessária para demonstrar a ocorrência de nenhum elemento do crime, mormente porque retira das partes a prerrogativa legal de inquirir a testemunha ocular dos fatos (art. 212 do CPP).
4. A imprestabilidade do testemunho indireto no presente caso é reforçada pelo fato de que a polícia, em violação do art. 6º, III, do CPP, nem identificou as testemunhas oculares que lhes repassaram as informações posteriormente relatadas pela policial militar em juízo. Por outro lado, a vítima, a namorada do recorrente e seu amigo - todos conhecidos da polícia e do Parquet - não foram ouvidos em juízo, tendo o MP/AL desistido de sua inquirição.
5. Para além da falta de identificação e ouvida das testemunhas oculares, a vítima não foi submetida a exame de corpo de delito, por inércia da autoridade policial e sem a apresentação de justificativa válida para tanto (na forma do art. 167 do CPP), o que ofende os arts. 6º, VII, e 158 do CPP. Perda da chance probatória configurada.
6. "Nas hipóteses em que o Estado se omite e deixa de produzir provas que estavam ao seu alcance, julgando suficientes aqueles elementos que já estão à sua disposição, o acusado perde a chance - com a não produção (desistência, não requerimento, inviabilidade, ausência de produção no momento do fato etc.) -, de que a sua inocência seja afastada (ou não) de boa-fé. Ou seja, sua expectativa foi destruída" (ROSA, Alexandre Moraes da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de

uma chance probatória aplicada ao processo penal. Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 3, 2017, p. 462).

7. Mesmo sem a produção de nenhuma prova direta sobre os fatos por parte da acusação, a tese de legítima defesa apresentada pelo réu foi ignorada. Evidente injustiça epistêmica - cometida contra um jovem pobre, em situação de rua, sem educação formal e que se tornou pai na adolescência -, pela simples desconsideração da narrativa do representado.

8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial e absolver o recorrente, com a adoção das seguintes teses:

8.1: o testemunho indireto (também conhecido como testemunho de "ouvir dizer" ou *hearsay testimony*) não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do réu. Sua utilidade deve se restringir a apenas indicar ao juízo testemunhas referidas para posterior ouvida na instrução processual, na forma do art. 209, § 1º, do CPP.

8.2: quando a acusação não produzir todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos, capazes de, em tese, levar à absolvição do réu ou confirmar a narrativa acusatória caso produzidas, a condenação será inviável, não podendo o magistrado condenar com fundamento nas provas remanescentes".

(AREsp n. 1.940.381/AL, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021.)

Esse entendimento se aplica, também, aos casos de crimes sexuais em que o testemunho indireto é de profissionais de saúde ou assistência social que atenderam a vítima, como decidimos recentemente:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PEDIDO DE CONDENAÇÃO. VÍTIMA OUVIDA APENAS EM SEDE INQUISITORIAL SEM A PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA DEFESA. PROCEDIMENTO DE COLHEITA ANTECIPADA DA PROVA NÃO ADOTADO. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. ART. 155 DO CPP. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Toda a prova que levou a condenação do réu tem como fundamento o relato colhido pela vítima em sede inquisitorial, uma vez que nenhuma das testemunhas presenciou a prática do crime, limitando-se a relatar em juízo o que ouviram da ofendida acerca dos fatos em apuração.

2. Embora a autoridade policial tenha determinado que a vítima fosse avaliada psicologicamente por profissionais do Núcleo de Proteção à Criança e ao Adolescente Vítima de Crimes de Curitiba - NUCRIA (e-STJ, fl. 306), resta evidente não ter sido adotado nenhum procedimento atinente à colheita antecipada da prova, com a efetiva participação do réu, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Tampouco se aplicou ao caso o rito da Lei 13.431/2017.

3. É inviável a condenação lastreada unicamente em elementos informativos repetíveis do inquérito, segundo o art. 155 do CPP.

4. "O testemunho indireto (também conhecido como testemunho de 'ouvir dizer' ou *hearsay testimony*) não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do réu" (AREsp n. 1.940.381/AL, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021).

5. Agravo regimental desprovido".

(AgRg no AREsp n. 2.315.345/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023.)

Por fim, não há que se falar em preclusão, na medida em que o interesse na produção de prova acerca da autoria e materialidade criminosa é da própria acusação. Assim, estando a condenação lastreada em prova colhida em sede inquisitorial, que não se enquadra na exceção inserta no art. 155 do Código de Processo Penal, bem como em testemunhos indiretos, de rigor a absolvição do réu.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0159266-8

AgRg no AgRg no
AREsp 2.627.793 /
SC
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 50076016220228240064

EM MESA

JULGADO: 06/08/2024
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : L R K
ADVOGADOS : MARLON CHARLES BERTOL - SC010693
LEANDRO HENRIQUE MARTENDAL - SC038879
VINÍCIUS DEMARCHI JUVENCIO - SC044981
WILLIAM HENRIQUE WILLMS - SC061980
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : L R K
ADVOGADOS : MARLON CHARLES BERTOL - SC010693
LEANDRO HENRIQUE MARTENDAL - SC038879
VINÍCIUS DEMARCHI JUVENCIO - SC044981
WILLIAM HENRIQUE WILLMS - SC061980

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.