

RECURSO ESPECIAL Nº 1.843.492 - AM (2019/0311193-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : JHONE CRUZ DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que deu provimento ao apelo do Ministério Público, assim ementado:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. IRRESIGNAÇÃO DO PARQUET. LESÃO CORPORAL OCORRIDA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO MINISTERIAL DE REDESIGNAÇÃO DO ATO PROCESSUAL QUE VISAVA À OITIVA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DA ACUSAÇÃO. EFETIVO PREJUÍZO, DEVIDAMENTE, DEMONSTRADO PELO RECORRENTE, NOS TERMOS DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DO PRINCÍPIO DO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*, EM RAZÃO DA ABSOLVIÇÃO POR INEXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES À CONDENAÇÃO. OBSERVÂNCIA. ÔNUS PROBATÓRIO DA ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONDUÇÃO DA VÍTIMA AO ATO INSTRUTÓRIO. ART. 201, § 1.º, DA LEI ADJETIVA PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL CONHECIDA E PROVIDA.

1. De proêmio, é imperioso consignar que, no âmbito do Direito Processual Penal, os atos processuais só serão considerados nulos quando houver a efetiva comprovação do prejuízo sofrido por uma das partes, em observância ao que preceitua o art. 563 do Código de Processo Penal. É que, no cenário das nulidades, atua o princípio do *pas de nullité sans grief*, segundo o qual, ainda que produzidos em desacordo com as formalidade legais, os atos processuais não serão declarados nulos, quando não houver a efetiva demonstração de prejuízo. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça.

2. Nesse diapasão, destaca-se que, na seara de discussão dos direitos fundamentais do indivíduo, isto é, liberdade, vida, integridade física e psicológica e, até mesmo, honra, deve-se buscar a verdade material, isto é, a verdade que mais se aproxima

da realidade dos fatos. Lado outro, à luz do disposto no art. 156 da Lei Adjetiva Penal, a prova que embasa a tese acusatória é ônus do Ministério Público, tendo em consideração os princípios do favor rei e da presunção de inocência.

3. In casu, infere-se que o Parquet pugnou pela redesignação da Audiência de Instrução e Julgamento, em razão da ausência da Vítima, a qual foi indeferida pelo douto Juízo a quo, despida de qualquer fundamentação, que, ato contínuo, proferiu sentença absolutória, por entender que inexistiam provas suficientes à condenação, nos termos do art. 386, inciso VII, da Lei Adjetiva Penal,

destacando que a Ofendida não compareceu na fase judicial para confirmar a sua versão sobre os fatos.

4. Dessa maneira, exsurge, à vista fácil, que ocorreu o efetivo cerceamento da Acusação, no bojo da Ação Penal Incondicionada, uma vez que a sentença que absolveu o Apelado, por inexistência de provas suficientes à condenação, decorreu da ausência da Ofendida à Audiência de Instrução e Julgamento, que não pôde corroborar perante o douto 1.º Juizado Especializado no Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Manaus/AM, a tese sustentada pela Acusação. Precedentes.

5. De mais a mais, é sabido que, nos termos do art. 201, § 1.º, do Código de Processo Penal, a vítima que deixar de comparecer à Audiência de Instrução e Julgamento, sem motivo justo, mesmo havendo sido intimada para tanto, pode ser conduzida à presença da autoridade judicial, sobretudo, em razão da especial relevância probatória da sua palavra, no contexto da violência doméstica.

Precedente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

6. Sendo assim, é forçoso acolher o argumento expendido pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, a fim de reconhecer a nulidade da Audiência de Instrução e Julgamento, tendo em vista que restou demonstrado o prejuízo causado ao Órgão de Acusação, diante do indeferimento do pedido de redesignação do ato processual que visava à oitiva da Vítima, imprescindível à comprovação da autoria e da materialidade do delito, supostamente, praticado pelo Apelado.

7. Por derradeiro, acolhido o pedido de nulidade requestado pelo Recorrente, impõe-se o reconhecimento da nulidade da sentença proferida pelo douto Magistrado primevo, por efeitos reflexos.

8. APELAÇÃO CRIMINAL CONHECIDA E PROVIDA.

Sustenta a defesa violação do art. 201 do Código de Processo Penal.

Aduz que não nulidade da instrução processual, porquanto a oitiva da vítima é prescindível.

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja restabelecida a sentença absolutória.

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Absolvido o recorrente, foi interposto recurso de apelação, o qual foi provido para declarar a nulidade da instrução processual, com a posterior devolução ao juízo de origem, consoante os seguintes fundamentos (fls. 111/125):

A par do que emerge das suas Razões Recursais (fls. 77 a 81), o Representante do Ministério Público pugna pela declaração de nulidade de todos os atos processuais, realizados a partir da Audiência de Instrução e Julgamento, inclusive, a sentença proferida pelo douto 1.2 Juizado Especializado no Combate

à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Manaus/AM, para determinar o retorno do Feito ao íncrito Juízo de primeira instância, a fim de se realizar nova Audiência de Instrução e Julgamento.

De proêmio, é imperioso consignar que os atos processuais só serão considerados nulos se houver a efetiva comprovação do prejuízo sofrido por uma das partes, em observância ao que preceitua o art. 563 da Lei Adjetiva Penal, in verbis:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

É que, no cenário das nulidades, atua o princípio do *pas de nullité sans grief*, segundo o qual, ainda que produzidos em desacordo com as formalidades legais, os atos processuais não serão declarados nulos, quando não houver a efetiva demonstração de prejuízo. Nessa linha de inteligência, posiciona-se a jurisprudência iterativa do colendo Superior Tribunal de Justiça, *ipsis litteris*:

[...]

Sendo assim, para que seja declarada a nulidade da Audiência de Instrução e Julgamento e, por via de consequência, da sentença absolutória, proferida pelo douto 1.Q Juizado Especializado no Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Manaus/AM, no caso em análise, faz-se necessário examinar os argumentos trazidos pelo Apelante, vale dizer, apreciar se houve a comprovação do prejuízo à acusação.

In casu, o Ministério Público do Estado do Amazonas sobreleva que, ao indeferir, sem fundamento, o pedido de redesignação da Audiência de Instrução e Julgamento, para que se procedesse à inquirição da Vítima e, ato contínuo, absolver o Acusado, por insuficiência de provas, o insigne Magistrado a quo causou dano irremediável à Acusação e à busca da verdade real, haja vista que impossibilitou que o Parquet pudesse comprovar a prática do delito de Lesão Corporal, pelo Réu, Jhone Cruz da Silva.

Nesse ponto, entendo que merece prosperar as alegações do Recorrente, pelos seguintes motivos:

Com efeito, no âmbito do Direito Processual Penal, vigora o princípio da busca de verdade real, segundo o qual, na seara de discussão dos direitos fundamentais do indivíduo, isto é, liberdade, vida, integridade física e psicológica e, até mesmo, honra, deve-se buscar a verdade material, isto é, a verdade que mais se aproxima da realidade dos fatos.

Essa é a lição do nobre doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

"A mostra realística de que o processo civil preza a verdade formal, em detrimento da verdade real, é o disposto no art. 344 do Código de Processo Civil de 1973: 'se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor'. Ameniza-se a busca da verdade formal, por meio do art. 348 do Código de Processo Civil de 2015: 'se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando a inocorrência do efeito da revelia previsto no art. 344, ordenará que o autor especifique as provas que pretenda produzir, se ainda não as tiver indicado'. Tal situação jamais ocorre no processo penal, no qual prevalece a verdade

real, que é a situada o mais próximo possível da realidade. Não se deve contentar o juiz com as provas trazidas pelas partes, mormente se detectar outras fontes possíveis de buscá-las." (grifos nossos).

Lado outro, à luz do disposto no art. 156 da Lei Adjetiva Penal, a prova que embasa a tese acusatória é ônus do Ministério Público, tendo em consideração os princípios do favor rei e da presunção de inocência.

Nesse mesmo sentido, é a jurisprudência do colendo Tribunal da Cidadania, segundo a qual, "o ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação, decorrência natural do princípio do *favor rei*, bem assim da presunção de inocência, sob a vertente da regra probatória, de maneira que o juiz deverá absolver quando não tenha prova suficiente de que o acusado cometeu o fato atribuído na exordial acusatória, bem como quando faltarem provas suficientes para afastar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade." (STJ, REsp 1.501.842/PR, Relator: Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgado em 05/04/2016).

Partindo dessas premissas, ao analisar, detidamente, os presentes Autos, depreendo que o Órgão de Acusação denunciou o, ora, Apelado, Jhone Cruz da Silva, pela prática do crime de Lesão Corporal, ocorrido no âmbito da violência doméstica, previsto no art. 129, § 9.º, do Código Penal, supostamente, perpetrados em face de Maria de Jesus Silva dos Santos, pugnando, expressamente, pela oitiva judicial da Ofendida.

Ademais, no curso da instrução processual, infiro que a Vítima foi, regularmente, intimada para comparecer à Audiência de Instrução e Julgamento, designada para ser realizada no dia 14 de março de 2019, às 15:00 h, consoante se vê na Certidão de fl. 67, mas não compareceu àquele ato processual.

Dessa feita, o douto Promotor de Justiça pugnou pela redesignação da Audiência de Instrução e Julgamento, em razão da ausência da Vítima, a qual foi indeferida pelo douto Juízo *a quo*, despida de qualquer fundamentação, que, ato contínuo, proferiu sentença absolutória, por entender que inexistiam provas suficientes à condenação, nos termos do art. 386, inciso VII, da Lei Adjetiva Penal, destacando que a Ofendida não compareceu na fase judicial, para confirmar a sua versão sobre os fatos.

Veja-se, pois, o excerto do Termo da Audiência de Instrução e Julgamento, colacionado às fls. 73 e 74, *ipsis litteris*:

"Cuida-se de procedimento instaurado para apurar a responsabilidade penal do acusado pelo cometimento do crime de lesão corporal, na situação de violência doméstica. Após instrução processual, infiro não haver provas suficientes da autoria do crime. No caso concreto, a vítima não compareceu para informar sua versão, embora devidamente intimada. Ademais, a simples possibilidade de que o réu tenha praticado o fato delituoso não é suficiente para um decreto condenatório. Ante o exposto, considerando as razões acima expendidas e a insuficiência das provas produzidas, julgo, por sentença, improcedente a denúncia oferecida em desfavor do acusado e, em consequência, o absolvo, com fulcro no art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal. Sem custas. P.R. e transitando esta livremente em julgado,

arquivem-se os autos, com as cautelas de estilo".

Nada mais havendo, foi encerado o presente termo, com as assinaturas dos presentes, para todos os fins de direito". (grifos nossos) Dessa maneira, exsurge, à vista fácil, que ocorreu o efetivo cerceamento da Acusação, no bojo da Ação Penal Incondicionada, uma vez que a sentença que absolveu o Apelado, Jhone Cruz da Silva, por inexistência de provas suficientes à condenação, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, decorreu da ausência da Ofendida, Maria de Jesus Silva dos Santos, à Audiência de Instrução e Julgamento, que não pôde confirmar, perante o douto 1.º Juizado Especializado no Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Manaus/AM, a tese sustentada pela Acusação.

Nesse espeque, é cediço que o indeferimento de provas pelo Magistrado necessita de fundamentação, e que tal medida deve ser adotada com cautela, a fim de que seja afastada a alegação de nulidade dos atos processuais, em virtude de cerceamento do direito de defesa ou de acusação. Nesse sentido, assevera o jurista Renato Brasileiro de Limai, *in verbis*:

"(...) o direito à prova qualifica-se como prerrogativa jurídica de índole constitucional, intimamente vinculada ao direito do interessado de exigir, por parte do Estado, a estrita observância da fórmula inerente ao devido processo legal. Daí por que juízes e Tribunais devem assegurar às partes o exercício pleno do direito de ação e defesa, que compreende, dentre outros poderes processuais, a faculdade de produzir e de requerer a produção de provas.

(...)

essa imprescindibilidade deve se analisada com cautela pelo juiz. Difícil, por exemplo, se apurar, de antemão se o depoimento de determinada testemunha é ou não imprescindível para a apuração dos fatos. A realização da audiência, sem que seja ouvida (porque considerada prescindível ou porque frustrada a condução coercitiva), pode ensejar eventual cerceamento de acusação ou de defesa. Talvez seja mais prudente o adiamento da audiência do que se ver declarada, mais à frente, a nulidade do processo. Decerto que o tempo perdido com a primeira providência será infinitamente inferior àquele decorrente de uma decisão do Tribunal, que pode, uma vez identificada a nulidade, de plano reconhecer a prescrição da pretensão acusatória.

Ademais, *in casu*, compulsando os fólios processuais, infiro que existiam provas, colhidas na fase policial, que indicavam a materialidade e os indícios de autoria do Apelado, pela prática do crime de Lesão Corporal, especialmente, o Laudo de Exame de Corpo de Delito (fl. 14), que atestou "hematomas de grande monta" no corpo da Vítima; as fotos da Ofendida, logo após o suposto fato criminoso (fls. 15 e 16), bem como, o Termo de Declaração da Vítima em Delegacia (fl. 11), no qual relatou que, no dia do fato, 03 de abril de 2016, o Réu "puxou a vítima pelos cabelos e desferiu-lhe socos no rosto; que o nariz foi quebrado em decorrência das agressões; que a filha mais velha do casal assistiu as agressões; que o Autor só parou de agredir a vítima quando o nariz dela começou a sangrar".

Sendo assim, entendo que, no presente episódio, se mostrava devida a

oitiva da Vítima, para ratificar, ou não, as provas produzidas na fase inquisitiva, provas que só poderiam deixar de ser produzidas, por meio de decisão fundamentada do ilustre Juiz de origem, o que, como visto alhures, não ocorreu, estando, portanto, o referido ato processual eivado de nulidade processual.

Perfilhando esse entendimento, já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante o Julgado trazido à baila, *ipsis litteris*:

[...]

De mais a mais, como é cediço, nos crimes praticados no contexto de violência doméstica, ausente a presença de testemunhas, a palavra da vítima possui especial relevância probatória, sobretudo, quando em harmonia com os demais elementos presentes no caderno processual. Nesse caminhar de ideias, é a iterativa jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta colenda Primeira Câmara Criminal, *ad litteram*:

[...]

Nesse íterim, à luz do disposto no art. 201, § 1.º, do Código de Processo Penal, destaco que a vítima que deixar de comparecer à Audiência de Instrução e Julgamento, sem motivo justo, mesmo havendo sido intimada para tanto, pode ser conduzida à presença da autoridade judicial. *In verbis*:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1.º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. (grifos nossos).

É que, a despeito de não serem viabilizados o processamento do crime de desobediência ou a pena de multa, em razão do não comparecimento, os quais podem ser imputados às testemunhas, **os ofendidos poderão ser conduzidos, coercitivamente, à presença da Autoridade Judicial, uma vez que o seu depoimento é essencial para a busca da verdade real, bem assim, que ninguém pode se eximir de colaborar com o Poder Judiciário.**

Nesse soar, é o magistério do jurista Renato Brasileiro de Lima:

"Caso o ofendido tenha sido intimado para prestar suas declarações e não compareça, é possível que a autoridade policial ou judiciária determine sua condução coercitiva (Código de Processo Penal, art. 201, § 1.2). Diversamente do que ocorre com testemunhas, que estão sujeitas ao pagamento de multa e eventual processo criminal pelo delito de desobediência (Código de Processo Penal, art. 219), o art. 201, § 1.g, do Código de Processo Penal, prevê como consequência exclusiva do não comparecimento do ofendido a possibilidade de condução coercitiva. Logo, se a vítima não comparecer, não poderá ser penalizada com multa, nem tampouco se sujeitará a processo penal pelo delito de desobediência. Essa condução coercitiva pode ser determinada até mesmo para fins de realização de exame pericial, salvo se o exame for invasivo (v.g., exame de corpo de delito em um crime de estupro), hipótese em que sua

Corroborando tal assertiva, é, *mutatis mutandis*, o seguinte Julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

[...]

Mercê de tais ponderações, é forçoso acolher o argumento expendido pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, a fim de reconhecer a nulidade da Audiência de Instrução e Julgamento, tendo em vista que restou demonstrado o prejuízo causado ao Órgão de Acusação, ora, Apelante, diante do indeferimento do pedido de redesignação do ato processual, que visava à oitiva da Vítima, imprescindível para a comprovação da autoria e da materialidade do delito previsto no art. 129, § 9.º, do Código Penal, supostamente, praticado pelo Apelado, Jhone Cruz da Silva, em face de Maria de Jesus Silva dos Santos.

Por derradeiro, acolhido o pedido de nulidade requestado pelo Recorrente, impõe-se o reconhecimento da nulidade da sentença proferida pelo douto Magistrado primevo, por efeitos reflexos.

Por todo o exposto, em consonância com o Graduado Órgão do Ministério Público, CONHEÇO DO PRESENTE RECURSO DE APELAÇÃO E DOU-LHE PROVIMENTO, para declarar a nulidade da instrução processual, a partir da Audiência de Instrução e Julgamento, e, por efeitos reflexos, da sentença proferida pelo insigne 1.2 Juizado Especializado no Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Manaus/AM, devendo-se retornar o Feito ao douto Juízo de piso, a fim de se realizar nova Audiência de Instrução e Julgamento, nos termos acima especificados.

No caso, constata-se que o acórdão recorrido encontra-se em dissonância com a jurisprudência desta Corte, a qual firmou o entendimento de que, *ainda que o art. 201 do CPP tenha previsto que o ofendido será ouvido sempre que possível, a oitiva da vítima não é prova imprescindível para a condenação. O processo penal brasileiro se pauta pelo princípio do livre convencimento motivado, podendo o magistrado fazer livre apreciação da prova, desde que aprese de forma clara as suas razões de decidir* (HC 44.229/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 20/03/2006, p. 314).

Na espécie, não se vislumbra qualquer irregularidade, porquanto, não obstante o recorrente afirme sua imprescindibilidade, certo é que vigora no sistema processual penal brasileiro o princípio do livre convencimento motivado, em que o magistrado pode formar sua convicção, ponderando as provas que desejar, de modo que a ausência da oitiva da vítima, mesmo devidamente intimada, não torna o processo nulo, porquanto seu comparecimento é facultativo. Nesse mesmo sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISOS II E IV, DO

CÓDIGO PENAL). VÍTIMA QUE NÃO COMPARECEU AO JULGAMENTO EM PLENÁRIO. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. DISPENSA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DISCORDÂNCIA DA DEFESA. IRRELEVÂNCIA. OFENDIDO ARROLADO APENAS PELO ÓRGÃO ACUSATÓRIO. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DE EIVA COM A QUAL CONCORREU A PARTE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. De acordo com o artigo 201 do Código de Processo Penal, depreende-se que a oitiva da vítima, embora recomendável, não é imprescindível para a validade da ação penal.

[...]

(RHC 47.452/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 14/08/2014.)

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE DEPOIMENTO JUDICIAL DA VÍTIMA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. "Ainda que o art. 201 do CPP tenha previsto que o ofendido será ouvido sempre que possível, a oitiva da vítima não é prova imprescindível para a condenação. O processo penal brasileiro se pauta pelo princípio do livre convencimento motivado, podendo o magistrado fazer livre apreciação da prova, desde que apresente de forma clara as suas razões de decidir" (HC 44.229/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 20/03/2006.). Precedentes.

2. A Corte de origem consignou, a partir da análise detida das provas produzidas, que a autoria delitiva restou sobejamente comprovada não apenas por meio do depoimento extrajudicial da vítima, mas também pelo depoimento das testemunhas. Assim, para se entender de modo diverso, seria imprescindível reexaminar todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que não é possível na via do habeas corpus, remédio de rito célere e de cognição sumária.

3. Tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art.

59, ambos do Código Penal, já que, além de reincidente, o Réu é portador de circunstância judicial desfavorável.

4. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 277.045/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/11/2013.)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a

Superior Tribunal de Justiça

sentença absolutória.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator