

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes:

Peço vênia ao eminente Ministro MARCO AURÉLIO para divergir.

No caso em tela, o Superior Tribunal de Justiça, na trilha do que foi decidido pelas instâncias ordinárias, manteve o entendimento de que inexistente nulidade processual, nos termos seguintes:

O acórdão atacado na via especial recebeu o seguinte sumário:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO. ARTIGO 334-A, § 1º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE DO PROCESSO. OFENSA À AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA. ATENUANTE. CIRCUNSTÂNCIA RELEVANTE. INAPLICABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA. POSSIBILIDADE.

1. A oitiva de testemunha após o interrogatório do réu não constitui cerceamento de defesa, vez que foi possibilitado novo interrogatório, recusado pela defesa durante a audiência instrutória.

2. Materialidade, autoria e dolo comprovados, em face dos elementos instrutivos do processo.

3. A mera alegação de pobreza não comporta a incidência da atenuante de circunstância relevante capaz de reduzir a pena.

4. Possibilitada a redução da pena pecuniária para patamar mais adequado às condições econômicas do réu e às particularidades do caso." (fl. 339)

Por sua vez, consta do voto condutor:

"A defesa sustenta, preliminarmente, a existência de nulidade na sentença, tendo em vista que o juízo designou a oitiva de testemunhas após o interrogatório do acusado.

Com efeito, o acusado foi interrogado judicialmente em 22-07-2015 (evento 43 do processo originário). Na ocasião, o magistrado deliberou a oitiva de testemunhas, que não haviam sido arroladas pelo

Ministério Público Federal. Tais testemunhas foram ouvidas em nova audiência de instrução, realizada em 31-07-2016 (evento 70 do processo originário).

Não obstante os argumentos expendidos, destaco que não é caso de reconhecimento de nulidade.

Isso porque não restou demonstrado qualquer prejuízo à defesa em decorrência da inversão na ordem de inquirição das testemunhas.

Neste sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: [...]

Conforme se verifica, na audiência em que foram ouvidas as testemunhas convocadas pelo Magistrado, foi oportunizada à defesa nova oitiva do acusado, tendo esta declarado não ser necessário novo interrogatório (evento 70 - TERMOAUD3, do processo originário). Destarte, não demonstrados prejuízos à ampla defesa do réu, não merece acolhimento o pleito defensivo no ponto. Superada essa questão, passo à análise do mérito." (fls. 326/325)

Nas razões do recurso especial, a defesa apontou ofensa ao art. 209 do Código de Processo Penal, afirmando que o juiz não poderia ouvir testemunha que não foi arrolada pelas partes. Todavia, essa pretensão contraria a jurisprudência deste Sodalício.

Com efeito, "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 dos fatos" (HC 147.634/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 04/05/2011).

De fato, o legislador previu hipóteses de atuação, de ofício, pelo Juiz, em decorrência dos princípios da busca da verdade real e do impulso oficial, não havendo que se falar em violação do sistema acusatório.

Na hipótese, verifico que o magistrado atuou conforme autorizado pela legislação processual vigente. Isso porque o art. 209 Código de Processo Penal estabelece que o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

Nesse contexto, para afastar a conclusão implementada pelas instâncias antecedentes e reexaminar se a realização da diligência era imprescindível, seria necessário proceder à análise de fatos e provas, providência incompatível com esta via processual (HC 155.410 AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 27/6/2018; HC 152.118 AgR/GO, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 17/5/2018; HC 154.119 AgR/PB, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 21

/5/2018; HC 149.954 AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 6/2/2018; RHC 142.458 AgR/RR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 23/3/2018 e RHC 136.511/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/10/2016).

Além disso, não se pode ignorar a regra segundo a qual não haverá declaração de nulidade quando não demonstrado o efetivo prejuízo causado à parte (*pas de nullité sans grief*). Pertinentes, a propósito dessa temática, as lições de ADA, SCARANCE e MAGALHÃES: " *Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional.* " (*As nulidades no processo penal* , 12^a ed., p. 27, 2011, RT). Nesse sentido é a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: HC 132.149-AgR/AM, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/6/2017; RHC 129.663-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 16/5/2017; RE 971.305-AgR/MS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 13/3/2017; RHC 128.827/MT, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/3/2017; HC 120.121-AgR/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 9/12/2016; HC 130.549-AgR/PA, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe de 17/11/2016; RHC 134.182/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 8/8/2016; HC 132.814/PR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 1^o/8/2016; AP 481-EI-ED/PA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 12/8/2014, este último assim ementado:

(...) 3. Além da arguição *opportune* tempore da suposta nulidade, seja ela relativa ou absoluta, a demonstração de prejuízo concreto é igualmente essencial para o seu reconhecimento, de acordo com o princípio do *pas de nullité sans grief* , presente no art. 563 do Código de Processo Penal. Precedentes. (...)

No presente caso, o recorrente não demonstrou qualquer prejuízo, sobretudo se considerado o registro de que, *na audiência em que foram ouvidas as testemunhas convocadas pelo Magistrado, foi oportunizada à defesa nova oitiva do acusado, tendo esta declarado não ser necessário novo interrogatório.* Desse modo, inegável que não houve qualquer espécie de nulidade processual, sendo garantida a ampla defesa e o contraditório ao paciente.

Em conclusão, não há reparo a fazer, pois a impetração não apresentou qualquer argumento apto a desconstituir os fundamentos apontados.

Diante do exposto, INDEFIRO A ORDEM DE *HABEAS CORPUS*.

É o voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/10/20 17:19