

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.443.533 – RS (2014/0065295-8)

**RELATORA:** MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

**RECORRENTE:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**RECORRIDO:** ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**RECORRIDO:** JOSÉ VALTER DE JESUS

**ADVOGADO:** SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

### EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INDICAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS EM MOMENTO POSTERIOR. PEDIDO TEMPESTIVO. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO E VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. DEFERIMENTO MOTIVADO. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.

1. No processo penal da competência do Tribunal do Júri, o momento adequado para o acusado alegar tudo que interessa à defesa, com a indicação das provas que pretende produzir, a juntada de documentos e a apresentação do rol de testemunhas é a defesa prévia, nos termos do artigo 406, §3º do Código de Processo Penal.

2. Não há preclusão se a parte, no momento da apresentação da defesa prévia, formula pedido de indicação de rol de testemunhas *a posteriori*; tampouco há violação do contraditório se o magistrado defere o pedido em busca da verdade real e diante da impossibilidade do contato do defensor público com o acusado.

3. Recurso improvido.

### 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: A Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP). Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Relatora

## RELATÓRIO

### **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul com fundamento na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

CORREIÇÃO PARCIAL. FOTOGRAFIA DO ACUSADO NA DENÚNCIA. NÃO CONHECIMENTO. APRESENTAÇÃO DE ROL TESTEMUNHAL DEPOIS DO PRAZO DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE INVERSÃO TUMULTUÁRIA.

Como já decidiu a Câmara, conhecendo parcialmente este tipo de Correição Parcial: “a retirada da fotografia do acusado da denúncia não constitui erro ou abuso que cause inversão tumultuária do feito, nos termos do art 195 do COJE, se a qualificação veio também pelos meios usuais. Não conhecimento da correição parcial por esse fundamento. Em observância ao princípio da ampla defesa e considerando a impossibilidade do contato do defensor com o acusado, não é defeso ao Magistrado permitir a apresentação de rol testemunhal fora do prazo do art 396-A do CPF, desde que não implique na prática de outras solenidades judiciais nem viole a ‘paridade de armas’ que caracteriza o contraditório” DECISÃO. Correição Parcial improcedente. Unânime.

Sustenta o recorrente, em suma, violação dos artigos 209, 396-A e 406, §3º do Código de Processo Penal ao argumento de que o deferimento do pedido da defesa para apresentar o rol de testemunhas após o prazo legal, por prazo incerto e não determinado, implica em inversão tumultuária do processo e violação do princípio da paridade de armas.

As contrarrazões não foram apresentadas e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

## EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INDICAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS EM MOMENTO POSTERIOR. PEDIDO TEMPESTIVO. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO E VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. DEFERIMENTO MOTIVADO. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.

1. No processo penal da competência do Tribunal do Júri, o momento adequado para o acusado alegar tudo que interessa a defesa, com a indicação das provas que pretende produzir, a juntada de documentos e a apresentação do rol de testemunhas é a defesa prévia, nos termos do artigo 406, §3º do Código de Processo Penal.

2. Não há preclusão se a parte, no momento da apresentação da defesa prévia, formula pedido de indicação de rol de testemunhas *a posteriori*; tampouco há violação do contraditório se o magistrado defere o pedido em busca da verdade real e diante da impossibilidade do contato do defensor público com o acusado.

3. Recurso improvido.

## VOTO

### **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

A preclusão é a perda de uma faculdade referente à prática de determinado ato processual, a perda da capacidade de praticar os atos processuais por não tê-los feito na oportunidade devida (preclusão temporal), por incompatibilidade com outro ato anteriormente praticado (preclusão lógica) ou pelo exercício anterior do mesmo direito (preclusão consumativa).

A propósito, a razão de existência dos prazos preclusivos atrela-se ao traço identificador do procedimento como marcha teleologicamente orientada. O fenômeno da preclusão é indispensável para que o feito caminhe para frente, não remanescendo, desfuncionalmente, à mercê de condutas serôdias ou chicaneiras.

No processo penal da competência do Tribunal do Júri, o momento adequado para o acusado alegar tudo que interessa à defesa, com a indicação das provas que pretende produzir, a juntada de documentos e a apresentação do rol de testemunhas é a defesa prévia, nos termos do artigo 406, §3º do Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

(...)

§ 3º Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Assim, se o acusado atende ao chamamento para comparecer ao processo, respondendo à acusação com apresentação de resposta escrita, mas deixa de indicar rol de testemunhas, há inequívoca preclusão temporal do direito, não podendo fazê-lo em momento posterior.

Em casos tais, resta ao magistrado apenas eventual admissão de testemunha requerida a destempo como testemunha do juízo, nos termos do artigo 209 do Código de Processo Penal, senão vejamos:

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

Com efeito, ultrapassado o prazo processual adequado, há preclusão do direito da parte de arrolar testemunhas, podendo o magistrado, todavia, avaliar no caso concreto a importância da oitiva requerida a destempo como testemunha do Juízo, tendo em vista ser ele o destinatário da prova.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado:

*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE *WRIT*. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. OITIVA DE TESTEMUNHA. INDEFERIMENTO. PEDIDO FEITO A DESTEMPO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. IMPRESCINDIBILIDADE DO DEPOIMENTO. CRITÉRIO DO JUIZ. DESTINATÁRIO DA PROVA. INVIABILIDADE DE AVALIAR A INDISPENSABILIDADE NESTA SEDE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 4. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. (...)

3. O momento adequado para o réu arrolar testemunhas é na fase da defesa preliminar, conforme estabelece o art. 396-A do Código de Processo Penal. Ultrapassado esse momento, cabe ao magistrado, ao seu prudente critério, avaliar a importância da oitiva requerida a destempo, como testemunha do Juízo, haja vista ser ele o destinatário da prova. Tendo a providência sido indeferida, tem-se que não se

mostrou imprescindível ao deslinde da causa, não sendo possível, na via eleita, desconstituir referida conclusão, que demandaria inviável incursão no arcabouço fático-probatório dos autos.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 244.048/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 25/10/2012)

Por outro lado, na hipótese em que o acusado, no momento da apresentação da defesa prévia, formula pedido de indicação de rol de testemunhas *a posteriori*, não há falar em perda do prazo oportuno ou em preclusão qualquer, porque não houve inércia da parte, ficando ao prudente arbítrio do magistrado o deferimento do pedido formulado.

Tampouco há violação do princípio da paridade de armas ou do contraditório se o magistrado defere o pedido em busca da verdade real e diante da impossibilidade do contato do defensor público com o acusado.

Vale anotar, a propósito, que não se trata, em casos tais, de testemunha do juízo de que cuida o artigo 209 do Código de Processo Penal porque não há produção de prova testemunhal de ofício, decorrendo de indicação da própria parte as testemunhas que, assim, não extrapolam o limite de oito previsto na lei.

Esta é a hipótese dos autos, razão pela qual não vislumbro nulidade ou irregularidade processual qualquer a ser sanada decorrente do deferimento do pedido formulado tempestivamente pela defesa para a apresentação do rol de testemunhas.

A propósito do tema, colhe-se, ilustrativamente, o seguinte precedente da minha relatoria:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. LATROCÍNIO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) RESPOSTA ESCRITA. ROL DE TESTEMUNHAS. OFERECIMENTO POSTERIOR. INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DA PROVA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

2. Não tendo sido apresentado o rol de testemunhas no momento oportuno, tem-se o fenômeno da preclusão. A fim de evitá-la, a lealdade processual recomendaria um pedido de dilação de prazo, arrimado em motivo relevante.

3. Ordem não conhecida.

(HC 257.533/MG, da minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 30/04/2014)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É O VOTO.

VOTO-VENCIDO

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

Irei divergir, com a devida vênia da Ministra Relatora.

Em caso muito similar – HC 202.928 – esta Turma, por maioria, acompanhou entendimento que ali expressei, nos seguintes termos:

(...) O direito à prova no processo penal não é absoluto, limitando-se por regras de natureza endoprocessual e extraprocessual. E uma delas é a **limitação temporal para requerer a produção da prova**, notadamente a prova testemunhal que, para o Ministério Público, é o oferecimento da denúncia e, para a defesa, a resposta à acusação.

Confira-se, a propósito, o artigo 396-A, do CPP, *verbis* :

**Art. 396-A.** *Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.*

Portanto, o arrolamento de testemunhas é uma faculdade da defesa, que deverá ser exercido na resposta à acusação, sob pena de **preclusão temporal**.

Neste sentido, colaciono o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. ROUBO E EXTORSÃO. PEDIDO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. INTEMPESTIVIDADE. PRECLUSÃO TEMPORAL. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PELA DEFESA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. [...]

2. *Não se vislumbra ilegalidade manifesta no ponto em que foram indeferidos os pedidos de oitiva da testemunha formulados já ao final da instrução e, logo depois, na fase do art. 402 do CPP (sendo que o momento processual oportuno seria, a teor do art. 396-A do CPP, quando da resposta à acusação, sob pena de preclusão temporal), tendo em vista que a defesa não apontou nenhum motivo concreto que justificasse a excepcionalidade.*

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 232.305/DF, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6T, Dje de 14.5.2014)

Acolher-se a tese da impetração – de que é possível ouvir testemunhas arroladas intempestivamente – implicaria o reconhecimento, por esta Corte, de que não há prazo legal para a apresentação do rol de testemunhas. Por isso, em que pese a nobreza da impetração, não vislumbro ilegalidade evidente.

Ademais, como dito pela representante do Ministério Público, há testemunhas comuns que serão ouvidas e não se pode, *a priori*, afirmar com certeza a existência de um prejuízo para a defesa, porque não se sabe exatamente qual seria o conteúdo desses depoimentos.

Ademais, há mecanismos outros para aportar aos autos tais fontes de prova, como, por exemplo, anexar uma justificação judicial ou termo extrajudicial de declarações dessas testemunhas, que podem até não servir como prova tipicamente testemunhal, mas podem ser consideradas, ainda que como indícios de eventuais fatos que essas pessoas tenham a relatar.

Em última análise, a inquirição – se essencial para a busca da verdade real – poderá até mesmo ser realizada, de ofício, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, a critério do julgador e em homenagem ao princípio da busca da verdade real.

Isso porque o processo penal brasileiro permite que o juiz colabore na produção de provas que possam auxiliá-lo na prestação jurisdicional, com vistas ao restabelecimento, o mais próximo possível, da verdade dos fatos que constituem a causa de pedir da ação penal.

Com essas ponderações, não vejo como considerar ilegal o ato, porque está apoiado no direito, não configurando ofensa ao contraditório ou à ampla defesa.

No caso presente, a Defensoria Pública deixou de trazer os nomes de eventuais testemunhas que pudessem depor em favor do assistido, **supostamente** por dificuldades de contactar o ora recorrido – e assim o digo porque não há, nos autos do *writ*, pedido formulado pela Defensoria Pública, aduzindo razões para não ofertar, a tempo, o rol testemunhal (art. 396-A ou 406, § 3º, ambos do CPP), e menos ainda a explícita decisão judicial, motivada, a esse respeito.

Não desconheço as dificuldades enfrentadas pela Defensoria Pública de todo o Brasil, mas essas deficiências estruturais, a meu ver, não podem servir como justificativa para se obviar norma processual que impõe ônus, em igualdade de condições, às partes da relação processual. Recordo, aliás, que a Defensoria Pública está colocada em igualdade de condições com o titular da ação penal, o

Ministério Público, sendo ambas as instituições essenciais à administração da Justiça e à jurisdição do Estado, como dito expressamente pela Constituição da República (arts. 127 e 134, respectivamente).

E, por isso, a lei ordinária, quando o quis, atribui àquela instituição alguma prerrogativa funcional ou processual exclusiva, como o prazo maior (em dobro), no processo penal (§ 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/1950), de modo a equilibrar a balança processual.

Ora, mesmo exercendo tal privilégio, deixou a Defensoria Pública, como órgão que patrocinava os interesses do recorrido, de apresentar os nomes das testemunhas a serem ouvidas na audiência de instrução e julgamento, a qual, saliente, é una e, portanto, não comporta dilações indevidas.

Destaco que, a par de descumprir prazo de natureza peremptória, o **magistrado processante sequer fixou data** para a apresentação dos nomes de pessoas que poderiam depor a favor da defesa. Semelhante conduta, a par de desequilibrar a relação processual – pois não se conceberia igual benesse concedida ao órgão de acusação, no tocante às testemunhas que deve trazer no momento em que oferta a denúncia – não se atenta para o prejuízo que tal permissividade produzirá para a instrução do feito, haja vista o que dispõem os artigos 410 e 411 do CPP.

Despiciendo enfatizar que, sendo a relação processual regida – salvo exceções tópicas, como a mencionada retro – pela paridade de armas (*par conditio*), ou seja, pelo equilíbrio de meios e de oportunidades para as partes envolvidas no litígio, não se justifica pender a balança a favor de uma das partes, na oportunidade dada pela lei para o oferecimento do rol de testemunhas, porquanto se, para o réu, a produção de prova decorre do direito à ampla defesa (art. 5º, para a acusação, decorre do direito de ação, de que é incumbida também – e de modo exclusivo – pela Constituição da República (art. 129, I).

A despeito de todas essas observações, e até mesmo para reforçá-las, **rememoro que jamais estará a defesa do recorrido impedida de ouvir testemunhas que possam auxiliar suas teses**, porquanto, a par da possibilidade, sempre presente, de que se tomem os depoimentos de pessoas referidas como “testemunhas do juízo”, terá ainda a parte ré a chance de ouvir, em Plenário as testemunhas que vier a arrolar em outro momento processual adrede criado para essa finalidade, o art. 422 do CPP, relativo ao *iudicium causae*, no procedimento bifásico do Tribunal do Júri.

Peço vênua, portanto, à eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, mas, por considerar contrariado o dispositivo legal invocado, dou provimento ao recurso do Ministério Público, anulando a decisão que adiou ou deu novo prazo à defesa para apresentação das testemunhas, sem prejuízo, repito, de que sejam ouvidas como testemunhas no juízo ou que sejam arroladas e ouvidas em outro momento procedimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2014/0065295-8

**PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.443.533 / RS**

**MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 121101409973 1992071920138217000 355304220138217000  
3653042200138217000 5190953220128217000 70052124963 70053119053  
70054745807 70058553215

PAUTA: 23/06/2015

JULGADO: 23/06/2015

**Relatora**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO: JOSÉ VALTER DE JESUS

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra a vida – Homicídio Qualificado

**CERTIDÃO**

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

A Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.