



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2021.0000900903**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 0009355-51.2013.8.26.0625/50000, da Comarca de Taubaté, em que é embargante A. R. B., Interessados A. R. F., H. DOS S. S. e J. R. G., é embargado C. 9 C. DO 5 G. DA S. C..

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"Acolheram parcialmente os embargos de declaração, para reconhecer a nulidade processual, procedendo-se à realização de novo Júri, sem a oitiva do membro do parquet como testemunha, restando prejudicado os demais pleitos. V.U."**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) E GRASSI NETO.

São Paulo, 5 de novembro de 2021.

**ANDRADE SAMPAIO**  
**Relator(a)**  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO nº 0009355-51.2013.8.26.0625/50000**

**Embargante: ALAN RICARDO BRANDÃO**

**Embargado: Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal**

**Voto nº: 14.900**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Condenação do embargante pelo E. Tribunal do Júri. Apelação. Preliminares rejeitadas e, no mérito, improvimento do recurso defensivo. A Defesa alega omissões uma vez que o próprio representante do Ministério Público que atuou no inquérito policial e denunciou o acusado, foi ouvido como testemunha para influir na decisão dos Jurados. Outrossim, sustenta que houve uso de imagens e objetos estranhos aos autos. Subsidiariamente, requer a anulação do Júri, porquanto a decisão dos jurados seria contrária à prova dos autos, se baseando apenas em elementos do inquérito policial. Parcial razão. O uso de simulacro não gera nulidade, pois se trata de objeto comum, acessível a ambas as partes e não se demonstrou que seu uso pudesse influenciar na decisão dos jurados. Entretanto, revendo meu posicionamento pessoal, conforme entendimento mais atual da doutrina, deste E. Tribunal de Justiça e dos E. Tribunais Superiores, o Douto Promotor de Justiça não pode atuar como testemunha. Ofensa à ampla defesa e, principalmente, à plenitude de defesa. Assim, de rigor a anulação do Julgamento pelo E. Tribunal do Júri. Demais pleitos restam prejudicados. Embargos parcialmente acolhidos, com determinação.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra o v. acórdão, cujo teor, por votação unânime, rejeitou as preliminares e, no mérito, negou provimento aos apelos da douta defesa de ALAN RICARDO BRANDÃO e do Ministério Público (fls. 4350/4376).

Irresignada, a Defesa opõe os presentes embargos. Argumenta, em resumo, a existência de omissões no v. acórdão, porquanto o representante do Ministério Público que atuou no inquérito policial e denunciou o acusado, foi ouvido como testemunha para influir na decisão dos Jurados. Outrossim, alega que houve uso de imagens e objetos fora dos autos. Subsidiariamente, requer a anulação do Júri, porquanto a decisão dos jurados seria contrária à prova dos autos, se baseando apenas em elementos do inquérito policial. (fls. 4450/4475).

**É o relatório, passo a decidir.**

Conheço dos embargos, pois presentes estão seus requisitos de admissibilidade.

Conforme dispõe o artigo 619 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

*"Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de 2 (dois) dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão".*

A ambiguidade existe quando a decisão permite duas ou mais interpretações. A obscuridade ocorre quando falta clareza na redação, impossibilitando a compreensão de seu conteúdo. A contradição configura-se quando as questões analisadas e decididas se apresentam incoerentes. A omissão se dá quando o julgado deixa de se pronunciar sobre algum ponto do litígio.

Inicialmente, afasto a alegação de nulidade referente



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ao uso de simulacro pelo membro do *parquet*. Isso porque tal objeto não tem ligação específica com o crime em comento, sendo de acesso comum às partes.

Tanto a defesa como a acusação podem se utilizar de tais objetos que são de fácil acesso e possam auxiliar sua argumentação, não sendo assim demonstrado qualquer prejuízo.

E como se sabe, por mais que a Defesa sustente a presença da nulidade, deixou de apontar qual o efetivo prejuízo sofrido, não bastando a mera e genérica alegação de que o uso de um simulacro é prejudicial.

Como se sabe, o Processo Penal brasileiro regra-se pelo princípio do *pas de nullité sans grief*, consagrado em seu artigo 563, o que implica dizer que, sem prejuízo, não há nulidade.

Desta forma, sem que seja apontado efetivo prejuízo a alguma das partes, resta inviável a anulação do ato processual combatido.

Por outro lado, **faz-se necessário anular o Julgamento proferido pelo E. Tribunal do Júri, por patente nulidade na inquirição do membro do Ministério Público como testemunha de acusação.**

Não obstante ter firmado entendimento diverso em julgados pretéritos desta relatoria e, inclusive, no v. Acórdão embargado, revendo meu posicionamento caso a caso e estando de acordo com a doutrina moderna e os precedentes mais atuais exarados pelos Colendos Tribunais Superiores, entendo ilegal a oitiva do Membro do Ministério Público como testemunha de acusação.

Senão, vejamos.

A função de testemunha vem descrita no artigo 202 do Código de Processo Penal:

*Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Entretanto, a atuação do Ministério Público vem descrita no mesmo diploma, em seu artigo 258:

*“Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes.”*

Como bem descrito acima, a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes, que vem descritas no art. 252, do Código de Processo Penal:

*Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:*

*I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;*

***II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;***

*III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;*

*IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.*

(grifo nosso)



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Logo, **resta o douto Promotor impedido de atuar como testemunha em processo que figurou na parte inquisitorial.**

Tal disposição visa garantir a ampla defesa e, ainda mais no procedimento do Júri, a plenitude de defesa, que possui caráter especial, conforme leciona Guilherme de Souza Nucci:

*“Ao acusado em geral assegura-se a ampla defesa ( art. 5.º, LV, CF), significando uma atuação do defensor de maneira vasta, extensa e abundante, porém, não necessariamente completa, integral, perfeita. Esta é a função da plenitude de defesa (art. 5.º, XXXVIII, a, CF). A dupla previsão formulada no art. 5.º não é inútil, nem se pode considerá-la uma mera superfetação. Os vocábulos são diversos e também o seu sentido. Amplo quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; pleno significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. O segundo é, evidentemente, mais forte que o primeiro. Assim, no processo criminal, perante o juiz togado, tem o acusado assegurada a ampla defesa, isto é, vasta possibilidade de se defender, propondo provas, questionando dados, contestando alegações, enfim, oferecendo os dados técnicos suficientes para que o magistrado possa considerar equilibrada a demanda, estando de um lado o órgão acusador e de outro uma defesa eficiente. Por outro lado, **no Tribunal do Júri, onde as decisões são tomadas pela íntima convicção dos jurados, pessoas leigas, sem qualquer fundamentação, onde prevalece a oralidade dos atos e a concentração da produção de provas, bem como a identidade física do juiz, torna-se indispensável que a defesa atue de modo completo e perfeito – logicamente dentro das limitações impostas pela natureza humana.**”*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, 16ª Ed. Forense. p. 980) (grifo nosso)

Como no procedimento do Júri, onde são juízes leigos os responsáveis pelo veredicto, a plenitude de defesa deve preponderar e o peso de um testemunho de um membro da acusação fere flagrantemente a paridade de armas.

Desse modo, resta evidente ofensa a tal princípio.

Tal impedimento de atuação do membro do *parquet* como testemunha vem sendo adotado neste E. Tribunal:

*“Tampouco constitui nulidade o indeferimento da oitiva de Marcelo Alexandre de Oliveira, Promotor de Justiça que foi oficiante nos autos. Isto porque o impedimento é de ordem legal (art. 252, c.c. o art. 258 do Código de Processo Penal).”*

(TJ/SP; Apelação Criminal 0124047-37.2009.8.26.0000; Relator (a): Luis Soares de Mello; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - Vara do Júri; Data do Julgamento: 14/08/2012; Data de Registro: 31/08/2012)

*“Impedimento de membro do Ministério Público - Promotor ouvido como testemunha em ação penal que funcionara no inquérito relativo ao mesmo feito - Incompatibilidade lógica e insanável entre a posição de parte e a testemunha - Nulidade absoluta configurada - Habeas corpus concedido para anular o depoimento e a sentença de pronúncia nele baseada - Aplicação dos artigos 252, II, 258 e 564, I, do CPP e 405, § 2o, III, do CPC. Não pode servir como testemunha*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*na ação penal membro do Ministério Público que funcionou no inquérito policial, componente do mesmo processo, como seu representante, vale dizer, na indiscutível condição de parte. Há incompatibilidade lógica e insanável entre a posição de parte e a de testemunha."*

(TJSP - HC - j.28.5.90 - Rei. Silva Leme - RT 658/287)."

No mesmo sentido é o entendimento mais atual do E. Superior Tribunal de Justiça:

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. OITIVA DE PROMOTOR DE JUSTIÇA COMO TESTEMUNHA. ATUAÇÃO NA FASE INQUISITORIAL. INCOMPATIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. ARTS. 252, II, C/C ART. 258, AMBOS DO CPP. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.**

**1. A jurisprudência desta Corte Superior vem se manifestando quanto à incompatibilidade de o promotor de justiça, que atuou na fase inquisitorial, ser ouvido como testemunha, notadamente no plenário do Tribunal do Júri, uma vez que, a despeito do não oferecimento da denúncia, continua vinculado às suas funções institucionais.**

**2. Agravo regimental improvido.**

(STJ. AgRg no REsp 1853252/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020) (grifo nosso)

Diante disto, resta evidenciada a nulidade, motivo pelo qual apresenta-se de rigor o acolhimento em parte dos embargos, para sanar omissão, determinando-se a anulação do v. acórdão.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Outrossim, os demais pleitos defensivos restam prejudicados.

Ante o exposto, pelo meu voto, **acolho parcialmente** os embargos de declaração, para reconhecer a nulidade processual, procedendo-se à realização de novo Júri, sem a oitiva do membro do *parquet* como testemunha, restando prejudicado os demais pleitos.

**ANDRADE SAMPAIO**  
**RELATOR**