

**Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Presidente do
Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

, já
devidamente qualificado nos autos da Apelação Criminal n.º
990.08.033250-3, em trâmite na C. 13ª Câmara desse E. Tribunal,
não se conformando com os v. acórdãos prolatados as fls. 271/276 e
294/295, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., com
fundamento no art. 105, inc. III, alíneas a e c, da CF, interpor o
presente

RECURSO ESPECIAL

nos termos das anexas razões.

Requer-se o recebimento do presente recurso,
ordenando-se o seu processamento e remessa ao C. STJ.

Termos em que,
p. deferimento.

São Paulo, 25 de setembro de 2009.

Filipe S. Sarmento Fialdini
O.A.B./S.P. n.º 234.093

Francisco de P. Bernardes Jr.
O.A.B./S.P. n.º 246.279

RAZÕES de RECURSO ESPECIAL

Colendo Superior Tribunal de Justiça,

Eminente Relator,

Douta Procuradoria da República,

Com a devida vênia e acatamento, com o fim de **facilitar** a análise do presente recurso, apresenta-se o seguinte sumário, com os **principais tópicos** que serão abordados.

Sumário

I – QUESTÕES PRELIMINARES	4
(i) - A isenção de preparo.	4
(ii) - A tempestividade.	5
III – FATOS RELEVANTES	6
IV – O DIREITO	16
(i) - A violação ao art. 619 do CPP, em razão da falta de expressa manifestação do v. acórdão recorrido sobre a arguida contrariedade a dispositivos legais e constitucionais (CF, art. 105, inc. III, alínea a).	16
(i.1.) – O prequestionamento.	16
(i.2.) – A necessidade de apreciação pelo E. Tribunal <i>a quo</i> das violações suscitadas pelo recorrente.	18
(i.3.) – As razões da contrariedade ao art. 619 do CPP.	24

(ii) - A violação a Pactos Internacionais, em razão da falta de produção de prova tempestivamente requerida pela defesa (CF, art. 105, inc. III, alínea a).....	27
(ii.1.) – O prequestionamento.	27
(ii.2.) – As razões da contrariedade a dispositivos internacionais.	29
(ii.3.) – A absolvição do recorrente, como consequência do <i>error in judicando</i>	35
(ii.4.) – A declaração de nulidade da r. sentença.	40
(iii) - A contrariedade do v. acórdão ao art. 155, do CPP, em razão do emprego de prova indevidamente emprestada (CF, art. 105, inc. III, alínea a).....	41
(iii.1.) – O prequestionamento.....	41
(iii.2.) – As razões da contrariedade ao dispositivo legal.	43
(iii.3.) – A absolvição do recorrente, como consequência do <i>error in judicando</i>	49
(iii.4.) – A declaração de nulidade da r. sentença.	51
(iv) – A Contrariedade do v. Acórdão ao art. 156 do CPP, pela inversão do ônus probatório (CF, art. 105, inc. III, alínea a).....	52
(iv.1) – O prequestionamento.....	52
(iv.2) – A comprovação do dissídio jurisprudencial.	55
(iv.3) As circunstâncias relevantes que identificam os casos confrontados.....	56
(iv.4) As razões da divergência do julgado paradigma.....	58
(iv.5) As razões de reforma do v. acórdão recorrido.....	59
V – O PEDIDO.....	63

I – QUESTÕES PRELIMINARES

(i) - A isenção de preparo.

Primeiramente, salienta-se que, os recursos referentes a ações penais públicas são **isentos** do recolhimento de taxa judiciária e de porte de remessa e retorno dos autos, nos termos do art. 7º, da lei n.º 11.636/2007 (lei de custas no âmbito do C. STJ), a seguir transcrito:

“Art. 7º Não são devidas custas nos processos de *habeas data*, *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus*, e nos demais processos criminais, salvo a ação penal privada.” (grifamos).

Neste sentido, é a jurisprudência dessa C. Corte:

“A interposição de recurso, nas ações penais públicas, não está sujeita à deserção por falta de preparo, à luz dos princípios constitucionais da não-culpabilidade e da ampla defesa.” (STJ, 5ª T., HC n.º 91.097-MA, Rel. Min. LAURITA VAZ, J. 05.03.2009, DJe 06.04.2009).

“PROCESSUAL PENAL. DESERÇÃO. RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO.

1. Em face dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa, a interposição de recurso, nas ações penais públicas, não está sujeita à deserção por falta de preparo. 2. Pedido de Habeas Corpus conhecido e deferido.” (STJ, 5ª T., HC n.º 19.757-RJ, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, J. 05.03.2002, DJ 01.04.2002, p. 191, LEXSTJ 156/370, RSTJ 157/511).

O ora recorrente está sendo acusado de haver praticado o delito de **receptação qualificada** (CP, art. 180, § 1º), o qual deve ser processado mediante ação penal **pública**, nos termos do art. 100, do CP.

Por tais razões, requer-se seja o presente recurso conhecido, **independentemente do recolhimento de custas.**

(ii) - A tempestividade.

O recurso de apelação interposto pelo ora recorrente, foi julgado **improcedente** pelo E. Tribunal a quo (fls. 271/276).

Como o v. acórdão recorrido continha omissões e nulidades, o ora recorrente opôs **embargos de declaração** (fls. 279/291), para a integração de tal decisão, os quais provocaram a **interrupção do prazo recursal**, para outros recursos, como se pode extrair do seguinte precedente, da Corte Especial, desse Colendo Tribunal:

“PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERRUÇÃO. ART. 538, CAPUT, DO CPC C/C O ART. 3º DO CPP.

I - O Código de Processo Penal não prevê a interrupção de prazo para outros recursos quando opostos embargos de declaração, como ocorre no Código de Processo Civil, em seu art. 538, caput. Contudo, por força do disposto no art. 3º da citada Lei Adjetiva Penal, o mesmo princípio pode ser aplicado nos embargos de declaração na área processual penal.

II - Os embargos de declaração sempre acarretam o efeito interruptivo, salvo quando intempestivos.

III - Embargos de divergência conhecidos e providos.” (grifamos – STJ, CE, EREsp n.º 287.390-RR, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, J. 18.08.2004, DJ 11.10.2004, p. 211, RSTJ 184/53, RT 832/492).

Os **embargos de declaração**, por sua vez, foram julgados, sendo tal decisão **disponibilizada** no Diário de Justiça Eletrônico, no dia **09 de setembro de 2009** (quarta-feira), conforme se pode observar a fls. 296, dos autos.

Nos termos da Lei n.º 11.419/2006, em caso de publicações **eletrônicas**, considera-se como data da **publicação** o 1º dia útil seguinte ao da **disponibilização** no jornal.

Sendo assim, a publicação de tal acórdão deve ser considerada como ocorrida no dia **10 de setembro de 2009** (quinta-feira).

Segundo dispõe o art. 798, do CPP, os prazos recursais têm início somente no **1º dia útil** seguinte à publicação da decisão a ser recorrida.

Por tal razão, o prazo para a interposição do presente recurso somente teve início no dia **11 de setembro de 2009** (sexta-feira).

Por fim, nos termos do art. 26, da lei n.º 8.038/1990, o prazo para a interposição de recurso especial é de **15 dias**, de modo que o prazo para a interposição do presente recurso somente se esgotará no dia **25 de setembro de 2009** (sexta-feira).

Diante do exposto, requer-se seja reconhecida a **tempestividade** do presente recurso.

III – FATOS RELEVANTES

Em síntese, em 25 de agosto de 2006, o recorrente foi preso em flagrante, na posse de 40 secadores de cabelo, sob a acusação de **vender** secadores de cabelo **furtados** da empresa [REDACTED] (fl. 02).

Por tal razão, o recorrente foi denunciado sob a acusação de haver praticado o delito de **receptação qualificada** (CP, art. 180, § 1º), por haver recebido os produtos em questão, “de forma não esclarecida, desacompanhados de qualquer documentação, quer relativa a origem dos aparelhos ou identidade do possuidor” (fls. 01-D).

Em seu interrogatório (fls. 96/97), o recorrente esclareceu que **costumava fazer intermediações de vendas**, não havendo vendido as mercadorias em questão, porém

meramente **intermediado** sua venda, por uma comissão de mil reais, de uma pessoa chamada Rodrigo, **com relação a qual nenhum outro esclarecimento lhe foi perguntado, nem pela acusação, nem pelo MM. Juízo.**

Esclareceu que foi procurado por tal pessoa, com uma amostra do produto, para prospecção de mercado, já que é **conhecido** no Bairro da Santa Ifigênia como **intermediador** de vendas.

Apontou que “*encontrou um possível comprador em uma escola de cabeleireiros em Osasco*”, havendo “*acompanhado as partes e a entrega das mercadorias*”, recordando-se que “*os produtos estavam acompanhados de uma **nota fiscal***”.

Em razão de reclamações do comprador quanto à **falta** de produtos no lote, porém, foi fazer a **complementação** dos secadores faltantes, quando foi preso.

Informou, ainda, que, a despeito de haver constado **equivocadamente** que se silenciou durante o inquérito, prestou as mesmas informações fornecidas em seu interrogatório em juízo.

A vítima e a **única** testemunha de acusação, todavia, não conseguiram **infirmar** a versão apresentada pelo recorrente, nem trouxeram elementos **suficientes**, que pudessem levar a uma conclusão **segura**, quanto à **materialidade** ou à **autoria** do delito em questão.

Em suas declarações, a **vítima** (fl. 111), Sra. [REDACTED], apenas mencionou que foram furtados de sua empresa vários secadores da marca [REDACTED], **alegando possuir a exclusividade em sua comercialização, no território nacional.**

A única testemunha de acusação, o policial [REDACTED] (fl. 112) informou que a vítima realmente procurou a polícia relatando o furto de secadores e que haveria descoberto um anúncio dos mesmos no site [REDACTED]. Como a empresa deteria suposta exclusividade da venda destes secadores no Brasil, aqueles deveriam ser os furtados.

O policial revelou que, seguindo as pistas dos anúncios, haveria realizado várias apreensões de secadores em diversas cidades, sendo que todos estariam cobertos por notas fiscais.

Em uma dessas ocasiões, o policial informou que haveria apreendido secadores em um salão em Osasco, relatando que o responsável por tal salão indicou o recorrente como vendedor e apresentou nota fiscal pelo mesmo entregue. Tal pessoa – um certo “[REDACTED]” – haveria informado, ainda, que combinou de adquirir mais peças do recorrente, oportunidade em que o mesmo foi preso na posse de 40 secadores, dentro do taxi em que transitava. Este policial acrescenta que o recorrente foi a única pessoa que não apresentou notas fiscais dos produtos e que apenas apontou um telefone, porém, sem “condições de contato”.

É preciso se salientar, ainda, que, diante da alegação da suposta exclusividade na comercialização de tais secadores, o recorrente, por ocasião de sua defesa prévia, requereu fosse a vítima intimada a apresentar os documentos que comprovassem tal monopólio (fls. 102).

O pleito da defesa, todavia, restou simplesmente ignorado pelo MM. Juízo.

Ao final do processo, o recorrente restou **indevidamente condenado** por receptação qualificada (fls. 195/204).

Segundo a r. sentença, primeiramente, haveria restado comprovada a **materialidade** do delito, eis que demonstrada a **procedência ilícita** dos secadores em questão, visto que provenientes do **crime antecedente**.

Sucede que, segundo tal decisão, os secadores encontrados na posse do recorrente deveriam ser, **necessariamente**, produtos do furto sofrido pela empresa vítima, eis que tal empresa deteria a **exclusividade** da comercialização de tais produtos, como se depreende do seguinte excerto da r. sentença (fls. 197/198):

“O crime antecedente foi comprovado. Com efeito, de acordo com a narrativa prestada por [REDACTED] (fls. 111), representante exclusivo da empresa [REDACTED], o furto teria sido praticado, mediante arrombamento, na madrugada de treze de junho de 2006, ocasião na qual foram levados vários secadores de cabelo. Confirmou ter sido chamada para comparecer ao distrito a fim de reconhecer os produtos apreendidos.

[...]

Com efeito, investigando o furto de grande quantidade de secadores que tinham sido subtraídos da empresa-vítima, investigadores conseguiram seguir as pistas de anúncios divulgados em sites especializados na internet. A diligência foi coroada de êxito até mesmo porque apenas um único representante é quem detinha a exclusividade para a comercialização.” (grifamos).

Em segundo lugar, conforme a r. sentença, haveria restado comprovada também a **autoria** do delito em questão, eis que o recorrente foi apontado como o **vendedor** de tais secadores, por um **tal “[REDACTED]”**, o qual não haveria feito **alusão a outras pessoas**, como se depreende do seguinte excerto de tal decisão (fls. 198/199):

“Uma certa quantidade [de secadores] foi encontrada em poder de [REDACTED], responsável por um estabelecimento localizado na cidade de Osasco. Foi ele quem apontou o réu como o vendedor, asseverando, inclusive, que uma nova quantidade iria ser adquirida.

[...]

Com efeito, não se pode olvidar ter sido o réu apontado pelo próprio comprador que, por sua vez, não fez alusão a outras pessoas. Ou seja, era ele o vendedor e também o responsável pelas entregas. Nesse sentido, ficam fragilizadas as assertivas dadas pelo réu no sentido de que teria apenas acompanhado as partes quando da negociação.” (grifamos).

Em terceiro lugar, a r. sentença tentou **reforçar** suas argumentações pela **falta de provas** da procedência das mercadorias em questão.

Assim, segundo tal decisão, o recorrente, quando de sua prisão em flagrante, **não possuiria qualquer documento dos produtos em questão**, como se depreende do seguinte excerto de tal decisão (fls. 199):

“Não estava em poder qualquer documento que atestasse a procedência lícita.”

No mesmo sentido, segundo a r. sentença, o recorrente **não haveria fornecido qualquer informação** sobre quem lhe forneceu as mercadorias, como se depreende do seguinte excerto de tal decisão (fls. 199/200):

“E o mais revelador: não indicou e tampouco trouxe qualquer informação que levasse ao paradeiro daquele que, segundo o seu relato, seria o fornecedor.

Aliás, este suposto fornecedor é uma grande incógnita. O réu limita-se a indicar apenas o seu prenome. Não fornece qualquer outro dado. Ora, não é crível que alguém com a vasta experiência profissional do réu não tivesse tomado a cautela de averiguar a procedência da mercadoria que lhe estava sendo fornecida, a idoneidade de seu representante ou mesmo de sua firma e, principalmente, a sua identidade e endereço onde pudesse ser localizado. Afinal, a se admitir a sua versão, o réu receberia uma comissão. Dessa forma, caso pretendesse manter este contato para futuras negociações como iria achá-lo novamente? E caso houvesse algum problema com as mercadorias como o réu poderia atender os reclamos do comprador que afinal não deixaria de ser um cliente seu?”.

Em suas razões de apelação, a defesa do ora recorrente, requereu, **preliminarmente: 1º)** a anulação do processo **em razão da falta de produção de prova tempestivamente**

requerida pela defesa, qual seja, a intimação da vítima para que comprovasse a exclusividade na comercialização dos secadores em questão, em contrariedade ao art. 5º, incs. LIV e LV da CF, ao art. 14, 3, b, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e ao art. 8º, 2, c, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (fls. fls. 231/233); ou alternativamente 2º) a anulação da r. sentença condenatória, em razão do emprego de prova indevidamente emprestada, qual seja, as supostas declarações do tal “██████████”, que apontariam o recorrente como o vendedor das mercadorias em questão, eis que o tal “██████████” não foi sequer ouvido no presente feito, em contrariedade ao art. 5º, incs. LIV e LV da CF (fls. 233/236).

No mérito, o recorrente requereu o provimento do recurso de apelação para sua absolvição, em razão da comprovação de sua inocência (CPP, art. 386, I), ou alternativamente, face à inexistência de provas suficientes (CPP, art. 386, VI).

Ocorre que, mesmo se entendendo duvidosas as provas quanto à inocência do recorrente, não foram produzidas provas sólidas o bastante para a condenação.

Examinando-se a linha de argumentação deduzida na r. sentença, percebe-se, primeiramente, que esta procurou comprovar a materialidade do crime, por meio de fato não documentado nos presentes autos, qual seja, a origem ilícita dos secadores em questão.

Sucede que, a certeza de que tais secadores seriam produtos de furto, partiu da suposição de que a empresa vítima seria titular da exclusividade para a comercialização dos

secadores em questão – pois, do contrário, os secadores poderiam ter origem diversa, que não o mencionado delito.

Tal exclusividade, todavia, em nenhum momento restou comprovada nos autos. A r. sentença se fiou, exclusivamente, nas declarações da vítima, sem qualquer suporte documental nos autos.

Como dito, desde o início, a defesa questionou tal exclusividade, requerendo que o representante legal da empresa vítima apresentasse os documentos relacionados à importação dos secadores, para se comprovar, ou não, a existência do referido monopólio (fl. 102). Tal pleito, todavia, não foi atendido, de forma que, em atenção ao in dubio pro réu, a dúvida sobre a origem das mercadorias deveria haver se resolvido em favor da defesa.

Em segundo lugar, para demonstrar a autoria dos fatos em questão, em clara violação ao princípio do contraditório, a r. sentença se valeu, unicamente, do depoimento de testemunha não ouvida nos autos, qual seja, o suposto comprador, o tal “[REDACTED]”, para tentar demonstrar que o recorrente efetivamente vendeu os produtos em questão.

Ocorre que, as declarações incriminadoras supostamente feitas pelo tal “[REDACTED]”, foram extraídas pela r. sentença, por via oblíqua, do depoimento judicial do policial [REDACTED], dando a falsa impressão de que haveriam sido submetidas ao contraditório.

Na verdade, a r. sentença se valeu de prova emprestada, supostamente produzida em inquérito policial, sequer registrada nos autos, transportada a este feito por meio verbal – ou

seja, pelo depoimento do policial – ao invés de se valer de cópias escritas daquele feito.

Assim, somente se submeteu ao contraditório o relato do policial [REDACTED], ou seja, o fato de haver, supostamente, presenciado ou efetuado a colheita das declarações do tal “[REDACTED]”.

As declarações, em si, porém, não foram submetidas ao contraditório, pois não foi concedida à defesa a oportunidade de fazer perguntas ao tal “[REDACTED]”.

Pior do que isso, o tal “[REDACTED]” não foi arrolado como testemunha na denúncia, não havendo sequer a qualificação de tal pessoa nos autos.

Em terceiro lugar, a r. sentença afirmou que o recorrente, quando de sua prisão, não possuiria qualquer documento dos produtos em questão.

Ora, tal afirmativa também não poderia haver sido admitida, pois o recorrente esclareceu que os produtos que foram apreendidos na data dos fatos eram apenas complementação do lote entregue anteriormente, sendo que, como dito, o próprio policial relatou haver observado a nota fiscal, referente ao lote, na posse do tal “[REDACTED]”.

Tal nota, todavia, por falta de interesse da polícia e da acusação, não foi acostada aos autos. Por tal razão, qualquer dúvida sobre o teor da mencionada nota, ou seja, se dava cobertura a todas as mercadorias – inclusive, aos produtos apreendidos na posse do recorrente – ou a apenas à parte delas, deveria ser resolvida em favor da defesa, em atenção ao in dubio pro réu.

Ademais, a se admitir a tese da sentença, não se teria como explicar o fato de o recorrente haver entregue uma

nota fiscal referente à primeira entrega, porém não à segunda. A única explicação, evidentemente, foi a dada pelo recorrente.

Em quarto lugar, a r. sentença afirmou que o recorrente não haveria dado qualquer informação sobre a origem das mercadorias em questão.

As afirmações da r. sentença, mais uma vez, foram imprecisas. Perante o MM. Juízo, o recorrente, espontaneamente, revelou que as mercadorias em questão pertenceriam à pessoa chamada Rodrigo. Como se pode observar do registro do interrogatório, porém, em momento algum, o MM. Juízo ou a acusação questionaram o recorrente sobre quaisquer outros dados do mencionado Rodrigo. Se tais informações eram tão importantes, como afirmou o MM. Juízo, o mínimo que deveria fazer era perguntá-las. Se não o fez, não se poderia presumir, in malam partem, que o recorrente não as teria fornecido.

Por outro lado, em seu interrogatório policial, consta que o recorrente haveria permanecido em silêncio. O recorrente negou tal fato, sendo que a única testemunha de acusação, o policial [REDACTED], inclusive, confirmou que o recorrente, quando de sua prisão, forneceu telefone do proprietário das mercadorias, o qual, porém, estaria “sem condições de contato”.

Tal informação, todavia, não foi registrada no inquérito, assim como não se esclareceu a razão pela qual tal telefone não poderia ser contatado.

Por mil razões isso pode ter ocorrido. O proprietário poderia estar ausente no momento da ligação. O telefone poderia estar ocupado. A conta pode não haver sido paga. A empresa telefônica poderia estar com algum problema. O policial pode ter anotado o número errado. A falta do registro policial, todavia, não nos permite adivinhar o motivo.

Tal omissão, aliás, demonstra o **descaso** com que as investigações foram feitas. **É impressionante que a polícia sequer se deu ao trabalho de descobrir o proprietário da linha telefônica em questão.** Mais uma vez, por negligência da polícia, a dúvida sobre a idoneidade das informações prestadas pelo recorrente somente poderia ser resolvida **em favor da defesa.**

As preliminares suscitadas no recurso de apelação interposto pelo recorrente, todavia, foram **rejeitadas** e a apelação foi julgada **improcedente** (fls. 271/276).

O v. acórdão acolheu, **integralmente**, os argumentos expostos na r. sentença condenatória, procurando, ainda, **reforçá-la**, sob o argumento de que, havendo os secadores sido encontrados na posse do ora recorrente, haveria ocorrido a **inversão do ônus da prova.**

Por fim, o recorrente opôs **embargos de declaração** (fls. 279/291), com o objetivo de suprir **omissões** perpetradas pelo v. acórdão, bem como **prequestionar** a nulidade atinente à **inversão do ônus da prova.**

Tal recurso, todavia, foi **rejeitado**, sem que o Tribunal *a quo* apreciasse **a maior parte das violações suscitadas** (fls. 295), não restando ao recorrente outra opção, senão a interposição do presente recurso.

IV – O DIREITO

(i) - A violação ao art. 619 do CPP, em razão da falta de expressa manifestação do v. acórdão recorrido sobre a arguida contrariedade a dispositivos legais e constitucionais (CF, art. 105, inc. III, alínea a).

(i.1.) – O prequestionamento.

O prequestionamento trata-se da necessidade da **prévia apreciação** da questão objeto de recurso, pela decisão recorrida.

Em suas razões de apelação, a defesa do ora recorrente, requereu a **expressa** apreciação de questões relacionadas à **contrariedade** a dispositivos legais e constitucionais perpetrada pela r. sentença, quais sejam: **1ª)** a contrariedade ao art. 5º, incs. LIV e LV da CF, ao art. 14, 3, b, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e ao art. 8º, 2, c, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (fls. fls. 231/233), **em razão da falta de produção de prova tempestivamente requerida pela defesa**, qual seja, a intimação da empresa vítima para que **comprovasse a exclusividade na comercialização dos secadores em questão**; e **2ª)** a contrariedade ao art. 5º, incs. LIV e LV da CF, em razão do **emprego de prova indevidamente emprestada**, qual seja, as supostas declarações do tal “**██████████**”, que apontariam o recorrente como o vendedor das mercadorias em questão, eis que o tal “**██████████**” **não foi sequer ouvido no presente feito**.

O v. acórdão recorrido (fls. 271/276), todavia, se eximiu de apreciar, **expressamente**, as violações suscitadas, bastando-se por rejeitar as nulidades argüidas, por falta de prejuízo à defesa, **sem se imiscuir na apreciação da contrariedade aos textos legais**.

Como se demonstrará, mais à frente, a argumentação desenvolvida pelo v. acórdão para rejeitar as nulidades argüidas **não pode ser acatada**, de modo que tal decisão não poderia haver se **eximido** de apreciar, **expressamente**, as violações suscitadas pelo recorrente, havendo, nesse sentido, **omitido-se** em efetivar a **devida prestação jurisdicional**, em patente violação ao art. 619 do CPP.

Por tal razão, o recorrente opôs, tempestivamente, **embargos de declaração**, nos quais requereu a **expressa** apreciação da violação aos dispositivos acima citados (fls. 279/291).

Ainda assim, o Tribunal *a quo* não sanou os vícios apontados. A maior parte das violações suscitadas **não foi sequer apreciada**, havendo manifestação jurisdicional tão somente acerca da violação ao artigo 5º, incs. LIV, LV, LVII, da CF e ao art. 156 do CPP, por indevida **inversão do ônus da prova**, como segue do seguinte excerto (fls. 295):

“Contra o v. acórdão de fls. 271 a 276, que rejeitou as preliminares e negou provimento ao recurso de apelação interposto por [REDACTED], interpõe o condenado os presentes embargos de declaração, nos quais alega nulidade absoluta do aresto, ‘em razão de haver empregado a inversão do ônus da prova, em violação ao artigo 5º, incs. LIV, LV, LVII, da CF e ao art. 156 do CPP’ (fls. 279 a 290).”

É o relatório.

O v. acórdão embargado não contém ambigüidade, obscuridade, dúvida ou contradição, nem omitiu ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Tribunal.

O v. acórdão analisou as provas coligidas, para rejeitar as preliminares, negar provimento ao recurso, e confirmar a r. sentença condenatória.

Efetivamente, o v. acórdão não contém o vício apontado, de inversão do ônus da prova, pelo contrário, analisou-a com percuciência, e concluiu pelo acerto da r. sentença condenatória.

Na realidade, o que pretende o embargante é rescindir o v. acórdão, pretensão manifestamente incabível em sede de embargos de declaração.”.

Diante de tais fatos, verifica-se que **atendido está o requisito do prequestionamento.**

(i.2.) – A necessidade de apreciação pelo E. Tribunal a quo das violações suscitadas pelo recorrente.

A **primeira** omissão nos v. acórdãos proferidos pelo E. Tribunal a quo, refere-se à suscitada **contrariedade** ao art. 5º, incs. LIV e LV da CF, ao art. 14, 3, b, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e ao art. 8º, 2, c, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, **em razão da falta de produção de prova tempestivamente requerida pela defesa,** qual seja, a intimação da vítima para que **comprovasse a exclusividade na comercialização dos secadores em questão**

Sucede que, a comprovação da **materialidade** do delito de receptação, depende da **comprovação** da **procedência ilícita** das mercadorias objeto de tal crime, sob pena de **absolvição**, conforme pontuado pela jurisprudência:

“Esta Egrégia Corte, por ocasião do julgamento do ‘habeas corpus’ nº 993.08.022551-6, relator o Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Menin, analisou, em profundidade, a questão, nos seguintes termos.

‘Como é cediço, o objeto material do crime de receptação há de ser produto de crime, isto é, o resultado, mediato ou imediato, de um fato anterior definido como típico do ponto de vista do Direito Penal. **Dessa forma, evidente que o tipo penal da receptação pressupõe, para sua configuração, a existência de crime antecedente (coisa ‘produto**

de crime') e o receptador não pode ser responsabilizado sem que se declare a existência desse pressuposto." (Grifamos – TJSP, 12ª Câm. Dir. Crim., HC n.º 990.08.073014-2, Rel. Des. CELSO LIMONGI, J. 22.10.2008).

Nesse sentido, a **certeza** de que os secadores apreendidos em poder do recorrente seriam produtos de **furto**, partiu da suposição de que a empresa vítima seria titular da **exclusividade** para a comercialização de tais produtos – pois, do contrário, os secadores poderiam ter **origem diversa** que não o mencionado delito – como, aliás, concluiu a própria sentença (fls. 197/198):

"O crime antecedente foi comprovado. Com efeito, de acordo com a narrativa prestada por [REDACTED] (fls. 111), representante exclusivo da empresa [REDACTED], o furto teria sido praticado, mediante arrombamento, na madrugada de treze de junho de 2006, ocasião na qual foram levados vários secadores de cabelo. Confirmou ter sido chamada para comparecer ao distrito a fim de reconhecer os produtos apreendidos.

[...]

Com efeito, investigando o furto de grande quantidade de secadores que tinham sido subtraídos da empresa-vítima, investigadores conseguiram seguir as pistas de anúncios divulgados em sites especializados na internet. A diligência foi coroada de êxito até mesmo porque apenas um único representante é quem detinha a exclusividade para a comercialização." (grifamos).

Tal exclusividade, todavia, em nenhum momento restou comprovada nos autos.

A própria defesa **questionou** tal **exclusividade** desde o princípio, havendo, inclusive, requerido, por ocasião da **defesa prévia** (fls. 102), a intimação da empresa vítima para que apresentasse as notas fiscais e os documentos de importação dos secadores de cabelo supostamente furtados em seu estabelecimento comercial, de modo a se comprovar, ou não, o suposto **monopólio**.

O pleito da defesa, todavia, foi simplesmente ignorado pelo MM. Juízo de primeira instância.

Visando superar esta questão, o v. acórdão recorrido sustentou a **inexistência de prejuízo** para o recorrente, pois a prova de tal exclusividade, supostamente, **não mudaria em nada o deslinde do feito**, como se pode observar do excerto, abaixo transcrito (fls. 272/273):

“Embora requerida em **momento oportuno**, ou seja, na defesa prévia, a prova de a empresa-vítima ser, no nosso meio, vendedora exclusiva de secadores [REDACTED] **não mudaria em nada o deslinde do feito**. [...] Importante - e isso ficou sobejamente comprovado - é o crime antecedente, o furto dos secadores, bem como a chegada deles ao apelante, que os recebeu e os transportou. Não houve o alegado cerceamento de defesa, nem prejuízo.” (Grifamos).

Posteriormente, porém, o próprio v. acórdão **contradiisse tal afirmação**.

Sucede que, ao analisar o **mérito** da apelação, o v. acórdão se valeu, **expressamente**, da comprovação de tal **exclusividade**, para demonstrar a **procedência ilícita** dos produtos apreendidos em poder do recorrente, como segue (fls. 273/274):

“No mérito, melhor sorte não ostenta o recorrente.

[...]

Também o furto dos secadores, mencionado na peça inicial acusatória, resultou bem comprovado nos autos, consoante se depreende do boletim de ocorrência de fls. 15 a 16, bem como do depoimento de [REDACTED], representante da empresa vítima deste furto. Este, ouvido à fl. 111, atestou a realidade da subtração dos secadores de cabelo e **confirmou que a empresa [REDACTED], que é a vítima, detém a exclusividade do comércio dos secadores da marca [REDACTED]**.

Assim, demonstrada a procedência criminosa dos secadores de cabelo encontrados em poder do recorrente, cumpre examinar se merece acolhida sua alegação de inocência.” (grifamos).

Fica assim patente que, por via **oblíqua**, o v. acórdão tentou afastar a existência de **prejuízo** para o recorrente, quando tal prejuízo é **evidente**.

É importante se observar que tal decisão tentou se valer, **exclusivamente**, das **declarações da vítima**, para

tentar comprovar a detenção de suposto monopólio na comercialização de tais secadores, pela empresa vítima.

A defesa, porém, desde o início do processo, questionou a detenção de tal monopólio pela empresa vítima, requerendo, tempestivamente, a produção da única prova que poderia esclarecer, em definitivo, tal dúvida, qual seja, a prova documental, que atestasse a suposta exclusividade.

Por tal razão, ao indevidamente repelir tal nulidade, sem analisar a suscitada violação a textos legais, o v. acórdão se omitiu na devida prestação jurisdicional, em patente afronta ao art. 619, do CPP.

Melhor sorte não encontrou a argumentação tecida no v. acórdão recorrido, com relação à segunda omissão suscitada pelo recorrente. Trata-se da contrariedade ao art. 5º, incs. LIV e LV da CF, em razão do emprego de prova indevidamente emprestada, qual seja, as supostas declarações do tal “[REDACTED]”, que apontariam o recorrente como o vendedor das mercadorias em questão.

Ocorre que, como se pode observar na r. sentença, as supostas declarações do tal “[REDACTED]” seriam a única prova efetiva referente à autoria do delito em questão, na medida em que tal pessoa haveria apontado o recorrente como vendedor dos secadores, excluindo a versão do recorrente, segundo a qual seria mero intermediário entre vendedor e comprador, eis que, segundo tal decisão, o “[REDACTED]” não haveria feito alusão a outras pessoas, como se observa no seguinte excerto do v. acórdão (fls. 274/275):

“Não obstante sua negativa, incriminam o recorrente os depoimentos do policial civil [REDACTED] (fls. 03 a 04 e 112 a 113), corroborados pelo depoimento, prestado na delegacia, de seu colega Walmir Teodoro Mendes (fls. 06 a 07).

Com bem resume a r. sentença recorrida:

‘O policial [REDACTED] (fls. 112/113), por sua vez, detalhou todas as investigações feitas e que culminaram com a prisão do réu. Após ser procurado pela vítima que indicou um site na internet onde era anunciada a negociação dos secadores da qual detinha a exclusividade de comercialização, o depoente, seguindo as pistas, conseguiu fazer várias apreensões em diferentes cidades do estado. O réu, por sua vez, foi apontado por um responsável por um salão na cidade de Osasco que lhe apresentou uma nota fiscal, afirmando, inclusive, que havia marcado um novo encontro para adquirir mais secadores. O réu foi então detido em poder de quarenta peças sem qualquer nota fiscal e também sem identificar a pessoa de quem havia recebido. Na verdade, forneceu apenas um telefone, sem condições de contato.’

[...]

Como ainda bem discorre a r. sentença recorrida, da lavra do Dr. Marcos Zilli, que bem decidiu a lide, ‘... não se pode olvidar ter sido o réu apontado pelo próprio comprador que, por sua vez, não fez alusão a outras pessoas. Ou seja, era ele o vendedor e também o responsável pelas entregas. Nesse sentido, ficam fragilizadas as assertivas dadas pelo réu no sentido de que teria apenas acompanhado as partes quando da negociação. Não obstante, a alegação de que o réu teria apenas complementado a quantidade que teria faltado por ocasião da primeira entrega foi rechaçada pelo depoimento dado pelo policial [REDACTED].’ (grifamos).

Como apontado acima, porém, o suposto “[REDACTED]” é uma grande incógnita. Não foi arrolado na denúncia como testemunha. Sua qualificação sequer consta dos autos.

Tal é a falta de informações sobre esta pessoa nos autos que, não fossem os posteriores esclarecimentos prestados pelo v. acórdão recorrido, não se poderia adivinhar de onde a r. sentença haveria extraído as declarações de tal pessoa.

Ocorre que, segundo o v. acórdão recorrido, a r. sentença haveria extraído as declarações do tal “[REDACTED]” dos depoimentos do policial [REDACTED] (fls. 273):

“Acresça-se que a referência feita, na sentença, pelo MM. Juízo ‘a quo’, à pessoa de ‘[REDACTED], responsável por um estabelecimento localizado na cidade de Osasco’ (fl. 198), que teria apontado o apelante como sendo a pessoa que lhe vendera os secadores, foi extraída dos depoimentos do policial [REDACTED], prestados na fase policial e em Juízo, de sorte que, ao contrário do alegado, não há se falar em prova indevidamente emprestada.” (grifamos).

Por tal razão, como se observa do excerto acima, o v. acórdão rejeitou a alegação de indevido empréstimo de prova, visto que o depoimento do policial [REDACTED] foi prestado em juízo, sob o crivo do contraditório.

Tal alegação, data venia, não pode ser admitida.

Por um lado, é verdade que as declarações do tal “[REDACTED]”, não foram emprestadas fisicamente a estes autos, na forma de cópias reprográficas.

Isto não significa, porém, que o empréstimo de prova possa se dar, exclusivamente, por meio físico.

É patente que, nos presentes autos, foram emprestadas provas de inquérito policial, por meio verbal, ou seja, ao invés de se juntar diretamente o depoimento do [REDACTED], ou de ouvi-lo, suas declarações foram transpostas a estes autos, oralmente, por meio do depoimento do policial [REDACTED].

Sinceramente, não há grande diferença entre os dois meios de empréstimo probatório.

O fato do policial haver feito assertivas sobre o depoimento de terceira pessoa, mesmo que o tenha feito em juízo, não traz tal depoimento para o contraditório destes autos.

O único fato trazido ao contraditório é que tal policial conduziu ou presenciou a suposta oitiva do tal “[REDACTED]”, em algum momento de investigação documentada em outros autos.

A validade, em si, das alegações do tal “[REDACTED]” nestes autos, todavia, ficaria sujeita à sua repetição em juízo, para que se possibilitasse à defesa

participação em sua produção, inclusive, com a formulação de perguntas, o que não ocorreu.

Como se pode observar, mais uma vez, a r. decisão recorrida tentou se eximir de apreciar, expressamente, as violações suscitadas pelo recorrente, omitindo-se na devida prestação jurisdicional, em patente afronta ao art. 619, do CPP.

(i.3.) – As razões da contrariedade ao art. 619 do CPP.

Segundo orientação pacificada nessa Colenda Corte, após a oposição dos embargos para sanar omissão de Tribunal, persistindo o vício, deve ser interposto recurso especial por violação ao artigo 619 do CPP ou ao 535 do CPC, conforme se trate de questão criminal ou civil, sob pena de aplicação da súmula 211, como segue, *verbis*:

“Bem de ver, ainda, que é pacífica a jurisprudência neste Tribunal no sentido de que, ainda que a ofensa à legislação federal surja por ocasião do julgamento do acórdão recorrido, é indispensável a oposição de embargos declaratórios, para que o Tribunal *a quo* tenha a oportunidade de se manifestar sobre a questão.

É certo, outrossim, que, persistindo o vício na questão sobre a qual deveria se pronunciar, o recurso especial deve ser interposto por violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, para que, anulado o acórdão, em face da negativa de prestação jurisdicional, outro seja proferido com o suprimento do vício verificado, providência não adotada pelo agravante.” (grifamos – STJ, 3ª T., EDcl. no Ag. n.º 1.134.266-RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, J. 06.08.2009, DJe 28.08.2009).

“Surgindo, porém, violação à norma federal durante o julgamento do recurso pelos tribunais, cabe ao recorrente manejar embargos de declaração com o objetivo de prequestionar a matéria. Recusando-se o tribunal a fazê-lo, a orientação desta Corte é no sentido de que o recurso especial deve indicar como violado o art. 535 do CPC, sob pena de aplicação da Súmula 211/STJ.” (AgRg no REsp 730.462/SC, publicado no DJ 14.6.2006, Rel. Min. Eliana Calmon).” (STJ, 2ª T., REsp n.º 844.474-SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, J. 12.09.2006, DJ 10/10/2006, p. 300).

“Entretanto, compulsando os autos, verifica-se que o Tribunal de origem não se pronunciou sobre o pedido de não-aplicação da pena ou de redução da pena-base em função da eventual continuidade delitiva entre os saques apurados neste processo e aqueles da Ação Penal 96.741-1, embora tenha o recorrente suscitado a questão tanto nas razões de sua apelação quanto nas razões dos embargos de declaração.

Desse modo, há reconhecer, nesse ponto, a contrariedade ao art. 619 do CPP, levada a efeito pela Corte a quo, e, por conseguinte, a necessidade de sanar a referida omissão apontada nos embargos de declaração.

Ante o exposto, nos termos do art. 544, § 3º, do CPC, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de determinar que o Tribunal de origem se pronuncie expressamente sobre a questão acima mencionada.” (grifamos – STJ, Ag n.º 830.822-AM, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, J. 12.02.2008, DJ 21/02/2008).

Sucedendo que, a falta da análise expressa das questões suscitadas em razões de apelação não é admitida pela jurisprudência, ferindo patentemente o imperativo da ampla defesa, bem como o imperativo da fundamentação das decisões judiciais, como apontado nos seguintes precedentes dessa Colenda Corte:

“CRIMINAL. HC. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ARGUMENTO APONTADO NAS RAZÕES DE APELAÇÃO DEFENSIVA E NÃO APRECIADO PELO TRIBUNAL A QUO. OMISSÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

I. É nula a decisão proferida pelo Tribunal a quo que deixa de apreciar a tese levantada expressamente pela defesa no recurso de apelação, por ofensa ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

II. Ordem concedida para cassar o r. acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, determinando-se que outro seja proferido, com a devida análise de todas as teses defensivas.” (STJ, 5ª T., HC n.º 15.344-SP, Rel. Min. GILSON DIPP, J. 03.05.2001, DJU 11.06.2001, p. 245).

“HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO INDEFERIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos

legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

3. Na revisão criminal, fazem-se necessárias a análise e a crítica dos elementos de prova que conduziram ao *decisum revidendo*, importando, como importa, no reexame da matéria já julgada.

4. Habeas corpus concedido.” (STJ, 6ª T., HC n.º 12.175-MS, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, J. 13.02.2001, DJ 13.08.2001, p. 276).

Por tais razões, verifica-se que o v. acórdão **omitiu-se da devida prestação jurisdicional**, em patente afronta ao art. 619, do CPP, encontrando-se maculado de **nulidade**, por haver se eximido de apreciar, **expressamente**, as violações suscitadas pelo recorrente a dispositivos legais e constitucionais.

Diante de todo o exposto, requer-se seja dado provimento ao presente recurso especial, nos termos do art. 105, inc. III, alínea a, da CF, para que seja declarada a **nulidade** do v. acórdão recorrido, por afronta ao art. 619, do CPP, determinando-se, desde logo, a prolação de outra decisão, que supra as omissões apontadas.

Caso não seja esse o entendimento dessa C. Turma, o que se admite somente por hipótese e em atendimento ao princípio da eventualidade, passa-se à exposição do pedido em alternativa.

(ii) - A violação a Pactos Internacionais, em razão da falta de produção de prova tempestivamente requerida pela defesa (CF, art. 105, inc. III, alínea a).

(ii.1.) – O prequestionamento.

O prequestionamento trata-se da necessidade da prévia apreciação da questão objeto de recurso, pela decisão recorrida.

Segundo a jurisprudência dessa Colenda Corte, não se faz necessária, sequer, a menção explícita do dispositivo legal na decisão recorrida, bastando que a questão suscitada no recurso haja sido apreciada, como segue:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ADMISSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA CORTE. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I - O prequestionamento implícito consiste na apreciação, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tida por vulnerada, sem mencioná-la expressamente. Nestes termos, tem o Superior Tribunal de Justiça admitido o prequestionamento implícito.

II - São numerosos os precedentes nesta Corte que têm por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida e apreciada.” (STJ, CE, EREsp n.º 155.621-SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, J. 02.06.1999, DJU 13.09.1999, p. 37, JSTJ 9/47, RMP 12/353, RSTJ 127/36).

Em suas razões de apelação, a defesa do ora recorrente, requereu, preliminarmente, a anulação do processo, em razão da falta de produção de prova tempestivamente requerida, apontando, expressamente, contrariedade ao art. 14, 3, b, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e ao art. 8º, 2, c, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (fls. fls. 231/233).

Tal prova consistiria na intimação do representante legal da empresa vítima, para que apresentasse documentos que comprovassem a **exclusividade** da comercialização dos secadores de cabelo supostamente furtados e que haveriam sido encontrados na posse do ora recorrente.

O v. acórdão que julgou a apelação, entretanto, a despeito de admitir a **tempestividade** de tal requerimento, entendeu não haver nulidade, pela **inexistência de prejuízo para o recorrente**, como se pode observar do excerto abaixo transcrito (fls. 272/273):

“O feito, ao contrário do pegoado pela defesa, não padece de nenhuma nulidade.

Embora requerida em **momento oportuno**, ou seja, na defesa prévia, a prova de a empresa-vítima ser, no nosso meio, vendedora exclusiva de secadores [REDACTED] não mudaria em nada o deslinde do feito. [...] Importante - e isso ficou sobejamente comprovado - é o crime antecedente, o furto dos secadores, bem como a chegada deles ao apelante, que os recebeu e os transportou. Não houve o alegado cerceamento de defesa, nem prejuízo.” (Grifamos).

Como se pode observar acima, a decisão apenas rejeitou a nulidade arguida, por falta de prejuízo, sem analisar, **expressamente**, a questionada contrariedade aos dispositivos constitucionais e legais.

Por tal razão, o recorrente opôs embargos de declaração, nos quais requereu a **expressa apreciação** da referida contrariedade, por aquele E. Tribunal (fls. 279/291).

Diante de tais fatos, verifica-se que **atendido está o requisito do prequestionamento**.

(ii.2.) – As razões da contrariedade a dispositivos internacionais.

Como dito, a comprovação da materialidade do delito de receptação, depende da comprovação da procedência ilícita das mercadorias objeto de tal crime, sob pena de absolvição, conforme pontuado pela jurisprudência:

“Esta Egrégia Corte, por ocasião do julgamento do ‘habeas corpus’ nº 993.08.022551-6, relator o Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Menin, analisou, em profundidade, a questão, nos seguintes termos.

‘Como é cediço, o objeto material do crime de receptação há de ser produto de crime, isto é, o resultado, mediato ou imediato, de um fato anterior definido como típico do ponto de vista do Direito Penal. Dessa forma, evidente que o tipo penal da receptação pressupõe, para sua configuração, a existência de crime antecedente (coisa ‘produto de crime’) e o receptor não pode ser responsabilizado sem que se declare a existência desse pressuposto.” (Grifamos – TJSP, 12ª Câmara. Dir. Crim., HC nº 990.08.073014-2, Rel. Des. CELSO LIMONGI, J. 22.10.2008).

Nesse sentido, a certeza de que os secadores em questão seriam produto de furto, partiu da suposição de que a empresa vítima seria titular da exclusividade para a comercialização de tais secadores – pois, do contrário, os secadores poderiam ter origem diversa que não o mencionado delito – como, aliás, concluiu a própria sentença (fls. 197/198):

“O crime antecedente foi comprovado. Com efeito, de acordo com a narrativa prestada por [REDACTED] (fls. 111), representante exclusivo da empresa [REDACTED], o furto teria sido praticado, mediante arrombamento, na madrugada de treze de junho de 2006, ocasião na qual foram levados vários secadores de cabelo. Confirmou ter sido chamada para comparecer ao distrito a fim de reconhecer os produtos apreendidos.

[...]

Com efeito, investigando o furto de grande quantidade de secadores que tinham sido subtraídos da empresa-vítima, investigadores conseguiram seguir as pistas de anúncios divulgados em sites especializados na internet. A diligência foi coroada de êxito até mesmo porque apenas um único representante é quem detinha a exclusividade para a comercialização.” (grifamos).

Tal exclusividade, todavia, em nenhum momento restou comprovada nos autos.

A própria defesa **questionou** tal **exclusividade** desde o princípio, havendo, inclusive, requerido, por ocasião da **defesa prévia** (fls. 102), a intimação da empresa vítima para que apresentasse as notas fiscais e os documentos de importação dos objetos (secadores de cabelo) supostamente furtados em seu estabelecimento comercial, de modo a se comprovar, ou não, o suposto **monopólio**.

O pleito da defesa, todavia, foi simplesmente ignorado pelo MM. Juízo de primeira instância.

Visando superar esta questão, o v. acórdão recorrido sustentou a **inexistência de prejuízo** para o recorrente, pois a prova de tal exclusividade, supostamente, **não mudaria em nada o deslinde do feito**, como se pode observar do excerto abaixo transcrito (fls. 272/273):

“Embora requerida em momento oportuno, ou seja, na defesa prévia, a prova de a empresa-vítima ser, no nosso meio, vendedora exclusiva de secadores [REDACTED] não mudaria em nada o deslinde do feito. [...] Importante - e isso ficou sobejamente comprovado - é o crime antecedente, o furto dos secadores, bem como a chegada deles ao apelante, que os recebeu e os transportou. Não houve o alegado cerceamento de defesa, nem prejuízo.” (Grifamos).

Posteriormente, porém, o próprio v. acórdão **contradiisse tal afirmação**.

Sucede que, ao analisar o **mérito** da apelação, o v. acórdão se valeu, expressamente, da comprovação de tal **exclusividade**, para estabelecer a **conexão** entre o crime antecedente e a receptação, como segue (fls. 273/274):

**“No mérito, melhor sorte não ostenta o recorrente.
[...]**

Também o furto dos secadores, mencionado na peça inicial acusatória, resultou bem comprovado nos autos, consoante se

depreende do boletim de ocorrência de fls. 15 a 16, bem como do depoimento de [REDACTED], representante da empresa vítima deste furto. Este, ouvido à fl. 111, atestou a realidade da subtração dos secadores de cabelo e confirmou que a empresa [REDACTED], que é a vítima, detém a exclusividade do comércio dos secadores da marca [REDACTED].

Assim, demonstrada a procedência criminosa dos secadores de cabelo encontrados em poder do recorrente, cumpre examinar se merece acolhida sua alegação de inocência.” (grifamos).

Fica assim patente que, por via oblíqua, o v. acórdão tentou afastar a existência de prejuízo para o recorrente, quando tal prejuízo é evidente.

É importante se observar que tal decisão tentou se valer, exclusivamente, do depoimento da vítima, para tentar comprovar o suposto monopólio da comercialização de tais secadores.

A defesa, porém, expressamente, colocou em questão tal monopólio, requerendo, tempestivamente, a produção da única prova que poderia esclarecer, em definitivo, tal dúvida, qual seja, a prova documental, que atestasse a suposta exclusividade.

Ora, *in casu*, a acusação foi preparada com o auxílio de amplo aparato investigatório para se fundamentar. A preparação da defesa, por outro lado, não pôde sequer contar com a mera requisição de documentos, em clara afronta ao art. 14, 3, *b*, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos (Decreto-Legislativo n.º 226/91), bem como ao art. 8º, 2, *c*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica - Decreto-Legislativo n.º 678/92), *in verbis*:

Pacto dos Direitos Civis e Políticos:

“Art. 14

[...]

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...]

C) de dispor [...] dos meios necessários à preparação de sua defesa [...]”. (grifamos).

Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

“Art. 8º

[...]

2. [...] Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

c) concessão ao acusado [...] dos meios adequados para a preparação de sua defesa [...]”. (grifamos).

Sucedem que, nos termos da jurisprudência dominante nessa C. Corte, constitui cerceamento de defesa, a indevida restrição à produção probatória ou à participação da defesa na formação do convencimento do juiz, como segue:

“HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CONTRARIEDADE AO LIBELO. PEDIDO DE DILIGÊNCIAS. INDEFERIMENTO. CONSTRANGIMENTO PARCIAL.

1. A produção de prova, testemunhal ou documental, é, por certo, direito do réu, assegurado pela garantia constitucional da ampla defesa, produzindo a sua denegação imotivada constrangimento ilegal, superável pelo *habeas corpus*.

2. Diligências impossíveis e impertinentes não de ser indeferidas.

3. Ordem parcialmente concedida.” (STJ, 6ª T., HC n.º 37.203-SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, J. 11.03.2008, DJe 04.08.2008).

“CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO. PEDIDO DE DILIGÊNCIA FORMULADO PELA DEFESA INDEFERIMENTO PELO MAGISTRADO. DISPENSABILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. PREJUÍZO AO RÉU. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. DETERMINAÇÃO. TESE DA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA.

Hipótese em que o indeferimento da diligência requerida acarretou cerceamento de defesa e, conseqüentemente, prejuízo ao réu, na medida em que poderia servir para demonstrar sua inocência.

Magistrado singular que indeferiu o pleito defensivo, entendendo pela sua dispensabilidade, sob o fundamento de que qualquer guia rodoviário traria a informação buscada, isto é, ‘a distância em KM entre as cidades de Volta Redonda e Duque de Caxias’ e que qualquer matemático seria hábil a demonstrar o tempo necessário para percorrer o referido itinerário.

Necessidade de realização da perícia para ‘a verificação do tempo gasto no percurso entre as cidades de Volta Redonda e Duque de Caxias’, de modo a se considerar “uma série de variáveis” não constantes de qualquer guia rodoviário.

Vislumbrada a necessidade da efetiva realização da perícia técnica, sob pena de cercear o direito de defesa do réu, que busca provar sua inocência.

V. Deve ser determinada a realização da diligência, conforme requerido pela defesa.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” (grifamos – STJ, 5ª T., HC n.º 60.482-RJ, Rel. Min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, J. 28.11.2006, DJ 05.02.2007, p. 280).

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA REQUERIDA PELA DEFESA POR OCASIÃO DA CONTRARIEDADE DO LIBELO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. DILIGÊNCIA NECESSÁRIA PARA A COMPROVAÇÃO DA TESE DEFENSIVA, INDEFERIDA SEM FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA PELO JUÍZO PROCESSANTE. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. A teor do entendimento desta Corte, o Juiz pode indeferir, em decisão devidamente fundamentada, as diligências que entenda ser protelatórias ou desnecessárias.

2. Na presente hipótese, o Juízo do feito não apresentou fundamentação idônea para amparar a negativa de requisição do extrato bancário do co-réu, se limitando a afirmar não haver ‘a menor justificativa para a providência requerida’ e que tal diligência ‘importaria em violação do sigilo’.

3. Ocorre que, se tal diligência está resguardada pelo sigilo bancário, correto o procedimento adotado pela Defesa, uma vez que somente uma ordem judicial, devidamente fundamentada, teria o condão de afastá-lo. Ademais, como o crime foi encomendado e a ora Paciente se manteve firme em sua alegação de inocência, inclusive, levantando suspeitas do mando ao próprio co-réu, nada mais plausível que se efetivasse, como meio de obtenção de prova da defesa, a realização da diligência a fim de esclarecer, com mais subsídios, o responsável pelo pagamento do autor imediato e, conseqüentemente, revelar o autor intelectual do homicídio.

4. Dessa forma, em se tratando de colheita de prova escusatória da responsabilidade criminal da ora Paciente, não poderia ter sido indeferida, restando evidenciado, assim, a caracterização de cerceamento de defesa e comprometimento da tese defensiva.

5. Ordem concedida para, anulando a condenação imposta à ora Paciente, determinar a realização da diligência requerida pela Defesa, antes da realização do novo julgamento pelo Tribunal do Júri, bem como assegurar-lhe o direito de aguardar em liberdade o seu julgamento, diante da ausência dos requisitos para a medida constritiva, conforme reconhecido pelo próprio Juízo do feito.” (grifamos – STJ, 5ª T., HC n.º 69.029-SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, J. 02.12.2008, DJe 16/03/2009).

“Todavia, é sabido que o processo penal não pode mitigar esforços na busca da verdade material, devendo assegurar a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório em todas as fases processuais.

No caso dos autos, a prova testemunhal não chegou nem mesmo de ser produzida, uma vez não expedida a carta rogatória, em face da querela de obter-se, ou não, a gratuidade de tradutor, obstando a defesa.

Nessa linha de raciocínio, é direito da defesa produzir a prova que entenda necessária para demonstrar a inocência do acusado em relação à imputação que lhe foi feita.

No ponto, vale citar Eugênio Pacelli de Oliveira, que ao discorrer sobre o Direito e as restrições à prova, assim se pronuncia:

‘(...) Como decorrência do princípio e em consequência do exercício da ampla defesa, pode-se afirmar que o réu tem direito à prova. (...) O exercício desse direito à prova se estenderá a todas as suas fases, é dizer: a da obtenção, a da introdução e produção no processo e, por fim, a da valoração da prova, na fase decisória. Aliás, de nada adiantaria o reconhecimento do direito à produção da prova se não se reconhecesse também o direito à sua valoração, por ocasião da decisão final (...)’.

(In Curso de Processo Penal, Editora Lumen Juris, 10 ed., 2008, p. 294).

O mesmo autor, no momento em que trata do contraditório e da ampla defesa, assim se pronuncia:

‘(...) Lembraremos apenas que o contraditório, cuja compreensão até a década de 1970 limitava-se à garantia de participação das partes no processo, com o direito à informação oportuna de toda prova ou alegação feita nos autos, bem como a possibilidade de reação a elas, passou, com a doutrina do italiano Élio Fazzalari, a incluir também o critério de igualdade ou da *par conditio* (paridade de armas), no sentido de que a participação, então garantida, se fizesse em simétrica paridade.

Com a ampla defesa, ou com o princípio da ampla defesa, a participação do acusado no processo penal completa-se (e agiganta-se), pois passa a ser exigida não só a garantia de participação, mas a efetiva participação, assegurando que o réu tenha uma efetiva contribuição no resultado final do processo (...)’.

O Supremo Tribunal Federal igualmente consagra esta orientação, conforme se vê:

‘PROVA - REALIZAÇÃO - DEFESA - EXERCÍCIO.

O direito de defesa confunde-se com a noção de devido processo legal, além de, preservado, atender aos reclamos decorrentes do fundamento da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana - artigos 1º e 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Ambígua a situação, tal direito há de ser viabilizado à exaustão (Coqueijo Costa), óptica robustecida quando em jogo o exercício da liberdade de ir e vir’. (HC 80031, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/05/2000, DJ 14-12-2001 PP-00025 EMENT VOL-02053-05 PP-01019).

Vale relembrar que a ampla defesa é garantia fundamental que, na Constituição em vigor, posto como direito individual, está prevista no art. 5º, inciso LV, segundo o qual ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’.

Sua importância é tamanha que não pode ser objeto de reforma constitucional (art. 60, § 4º), sendo considerado como direito fundamental de ‘primeira dimensão’ ou de ‘primeira geração’.

Desse modo, a defesa do acusado, em processo criminal deve ser exercida de acordo com os limites constitucionais e os contornos impostos pela legislação infraconstitucional.” (STJ, 6ª T., HC n.º 55.550-MG, Rel. Min. OG FERNANDES, J. 09.12.2008, DJe 19/12/2008).

“PENAL E PROCESSUAL. LEI DE IMPRENSA. DEFESA PRÉVIA. TESTEMUNHAS. OITIVA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO.

A busca pela verdade real constitui princípio que rege o Direito Processual Penal.

A produção de provas, porque constitui garantia constitucional, pode ser determinada inclusive pelo Juiz, de ofício, quando julgar necessário (arts. 155 e 209 do CPP).

O Juiz apreciará livremente a prova. Contudo, constitui cerceamento de defesa o indeferimento de pedido de oitiva de testemunha, arrolada na defesa prévia, máxime sob convencimento antecipado quanto a sua imprestabilidade.

Recurso provido, para determinar a oitiva da testemunha arrolada pela defesa.” (STJ, 6ª T., RHC n.º 12.757-BA, Rel. Min. PAULO MEDINA, J. 21.08.2003, DJ 15.09.2003, p. 401).

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INSTRUÇÃO CRIMINAL. INDEFERIMENTO DE PROVA. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO.

- Em sede de processo penal, as provas requeridas na fase das alegações escritas (CPP, art. 395), desde que admitidas em direito e pertinentes à materialidade e à autoria do fato criminoso, não podem ser indeferidas pelo Juiz, sob pena de desrespeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

- Consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por via de habeas-corpus decisão que indefere inquirição de testemunha arrolada pela defesa pela mera circunstância de encontrar-se a mesma residindo no exterior.

- Habeas-corpus concedido.” (STJ, 6ª T., HC n.º 9.253-PB, Rel. Min. VICENTE LEAL, J. 07.10.1999, DJ 05.03.2001, p. 237).

Neste sentido, o *error in judicando* é patente, sendo o caso de absolvição do recorrente, como se demonstrará, a seguir.

(ii.3.) – A absolvição do recorrente, como consequência do *error in judicando*.

Como sabido, há pelo menos duas espécies de erro passíveis de **contaminar** um ato judicial: *error in procedendo* e *error in judicando*.

“Será impugnável o ato judicial, qualquer que seja a qualidade do vício que o macule, seja ele um vício de atividade (*error in*

procedendo), seja um vício de juízo (*error in iudicando*), para usarmos a terminologia sugerida por Chiovenda.”¹

O *error in procedendo* se verifica quando o ato judicial descumprir o procedimento aplicável em concreto:

“Diz-se que há *error in procedendo* quando o juiz desrespeita norma de procedimento provocando gravame à parte, vício esse, portanto, de natureza *formal*. Esta norma de procedimento é aquela determinada pelo ordenamento jurídico como um todo. Não é preciso que o juiz viole o texto expresso de lei para caracterizar-se o erro no procedimento; basta descumpra ele a regra jurídica aplicável ao caso concreto. Consideram-se também erros no procedimento, aqueles cometidos pelas partes, que não forem corrigidos pelo juiz.”²

O *error in iudicando*, por sua vez, constitui equívoco no **juízo**, pela aplicação de efeitos jurídicos diversos dos devidos:

“Os *errores in iudicando* são aqueles pelos quais o juiz desconhece efeitos jurídicos que a lei determina para a espécie em julgamento ou, ao contrário, reconhece existentes efeitos jurídicos diversos daqueles. O vício é de natureza *substancial*, de conteúdo, provocando a injustiça do ato judicial. Não se trata de vício de forma, mas sim de fundo. Normalmente o erro de juízo se refere ao próprio mérito da causa, vale dizer, à *res in iudicium deducta*.”³

No presente caso, verificamos que ambos os erros foram contemplados.

Neste sentido, primeiramente, temos que o *error in procedendo* é evidente, pois o MM. Juízo de primeira instância, **ao arrepio do contraditório e da ampla defesa**, deixou de determinar a produção de prova tempestivamente requerida pela defesa, prova essa **essencial** para a comprovação da **materialidade** do crime em análise.

¹ Nelson Nery Jr., *Aspectos da Teoria Geral dos Recursos no Processo Civil*. Justitia, São Paulo, v. 144, pp. 55-64, 1988, pp. 56-57.

² Nelson Nery Jr., *Aspectos da Teoria Geral dos Recursos no Processo Civil...*, p. 57.

³ Nelson Nery Jr., *Aspectos da Teoria Geral dos Recursos no Processo Civil...*, p. 57.

Por outro lado, não menos **evidente**, se mostra o *error in iudicando*.

Sucede que, tanto a r. sentença condenatória, quanto o v. acórdão recorrido, **conferiram** às declarações da vítima um **efeito** que estas não possuem, qual seja, a **inquestionabilidade**.

Ora, como dito, o v. acórdão recorrido sustentou que, a despeito da falta da produção da prova **documental** da exclusividade na comercialização das mercadorias em questão, **inexistiria prejuízo** para o recorrente, pois a prova de tal exclusividade, supostamente, **não mudaria em nada o deslinde do feito** (fls. 272/273).

Posteriormente, porém, o próprio v. acórdão **contradiisse tal afirmação**, ao analisar o **mérito** da apelação, momento em que se valeu, expressamente, da comprovação de tal **exclusividade**, para estabelecer a **conexão** entre o crime antecedente e a receptação (fls. 273/274):

“No mérito, melhor sorte não ostenta o recorrente.

[...]

Também o furto dos secadores, mencionado na peça inicial acusatória, resultou bem comprovado nos autos, consoante se depreende do boletim de ocorrência de fls. 15 a 16, bem como do depoimento de [REDACTED], representante da empresa vítima deste furto. Este, ouvido à fl. 111, atestou a realidade da subtração dos secadores de cabelo e **confirmou que a empresa [REDACTED], que é a vítima, detém a exclusividade do comércio dos secadores da marca [REDACTED].**

Assim, demonstrada a procedência criminosa dos secadores de cabelo encontrados em poder do recorrente, cumpre examinar se merece acolhida sua alegação de inocência.” (grifamos).

Fica assim patente que, por via **oblíqua**, o v. acórdão tentou afastar a existência de **prejuízo** para o recorrente, quando tal prejuízo é **evidente**.

Isto porque, como dito, desde o início, a defesa questionou tal exclusividade, requerendo que o representante legal da empresa vítima apresentasse os documentos relacionados à importação dos secadores, para se comprovar, ou não, a existência do referido monopólio (fl. 102).

Tal pleito, todavia, não foi atendido, de forma que, em atenção ao in dubio pro réu, a dúvida sobre a origem das mercadorias deveria haver se resolvido em favor da defesa.

Sendo assim, temos que, a mera anulação da r. sentença condenatória, teria por efeito possibilitar à produção de prova que resolvesse a dúvida em questão.

A resolução de tal dúvida, porém, poderia ocasionar prejuízo à defesa. Pois, se é verdade que, por um lado, a produção de tal prova poderia resultar na comprovação da inexistência do alegado monopólio, afastando a materialidade delitiva, é também certo que, por outro, poderia resultar na comprovação de sua existência e, portanto, da materialidade delitiva.

Tal solução, porém, não poderia ser admitida, em atenção à vedação à *reformatio in pejus*, eis que, primeiramente, o presente recurso é exclusivo da defesa e, em segundo lugar, a defesa não contribuiu para a falta de tal prova. Foi a acusação que deixou de produzi-la tempestivamente, de modo que, inclusive, a produção de tal prova estaria preclusa para a mesma.

A única solução justa, para a hipótese, é a absolvição, decorrente do patente *error in iudicando*. Pois, havendo dúvida acerca da materialidade do delito em questão, pela falta de produção probatória, a consequência natural é a absolvição, como

bem salientado em brilhante voto do Eminentíssimo Ministro MARCO AURÉLIO:

“Mas, indago: tem-se um vício de procedimento ou um vício de julgamento, impondo-se condenação quando o quadro levaria à absolvição? A meu ver, tem-se um vício de julgamento. Não sendo um vício de procedimento, um vício na arte de proceder, não cabe a anulação para rejulgar-se, porque o Juízo se defrontará, de qualquer forma, com aquele contexto probatório com o qual se defrontou anteriormente no que somente apontando como elemento de convicção a palavra do co-réu, mesmo assim na fase inquisitória. Por isso é que a conclusão, a meu ver, é no sentido da absolvição por falta de prova quanto à imputação.

[...]

Não dou, no julgamento de *habeas corpus*, uma segunda oportunidade ao Ministério Público, ao Estado-acusador, para implementar a prova de procedência da acusação, senão chego a uma conclusão contrária ao objetivo do *habeas*. Isso é pacífico. Vejamos a situação concreta. Tem-se que presumir o que normalmente ocorre. Houvesse outro elemento de prova no processo-crime, o Juízo, ao sentenciar, apenas aludiria à confissão do co-réu? Não. Teria lançado esse outro elemento. Se não lançou, é porque ele não existe. Se a palavra do co-réu não subsiste a ponto de respaldar a condenação, a situação concreta, a meu ver, deságua na absolvição.

[...] ocorreu um vício de julgamento. Condenou-se quando a situação concreta estaria a levar à absolvição. Se se trata de vício de julgamento, não cabe o retorno ao *status quo ante*.” (grifamos – voto vencido do Min. MARCO AURÉLIO *in* STF, 1ª T., HC n.º 94.034-SP, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, J. 10.06.2008, DJe 04.09.2008).

Diante de todo o exposto, nos termos do art. 105, inc. III, alínea a, da CF, requer-se seja dado provimento ao presente recurso especial, para que seja reconhecida a **contrariedade** do v. acórdão ao art. 14, 3, *b*, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e ao art. 8º, 2, *c*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em razão de haver **mantido** a condenação do recorrente, por rejeitar a nulidade relativa à **falta de produção de prova tempestivamente requerida pela defesa**, sem levar em conta que tal seria a **única** prova apta a resolver a dúvida acerca da comprovação da **materialidade delitiva**, de modo que, **persistindo tal dúvida**, em atenção ao *in dubio pro reo*, deve o recorrente ser **absolvido**, nos termos do art. 386, inc. II, do CPP.

Caso não seja esse o entendimento dessa C. Turma, o que se admite somente por hipótese e em atendimento ao princípio da eventualidade, passa-se à exposição do pedido em alternativa.

(ii.4.) – A declaração de nulidade da r. sentença.

Caso se repila a absolvição do recorrente, deve ser reconhecida, alternativamente, a **nulidade** do processo, desde o encerramento da instrução processual.

Isto porque, em clara afronta ao art. 14, 3, *b*, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos (Decreto-Legislativo n.º 226/91), bem como ao art. 8º, 2, *c*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica - Decreto-Legislativo n.º 678/92), **o recorrente foi condenado, sem que lhe fosse permitido produzir prova essencial de sua inocência.**

Da mesma forma, o v. acórdão recorrido também foi **contaminado** por tal vício, na medida em que **manteve** a condenação do recorrente, rejeitando a nulidade argüida.

Diante de todo o exposto, nos termos do art. 105, inc. III, alínea *a*, da CF, requer-se seja dado provimento ao presente recurso especial, para que seja declarada a **nulidade** do processo, desde o encerramento da instrução processual, determinando-se que a produção da prova requerida pela defesa, tudo em razão da contrariedade ao art. 14, 3, *b*, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e ao art. 8º, 2, *c*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Caso não seja esse o entendimento dessa C. Turma, o que se admite somente por hipótese e em atendimento ao princípio da eventualidade, passa-se à exposição do pedido em alternativa.

(iii) - A contrariedade do v. acórdão ao art. 155, do CPP, em razão do emprego de prova indevidamente emprestada (CF, art. 105, inc. III, alínea a).

(iii.1.) – O prequestionamento.

O prequestionamento trata-se da necessidade da **prévia apreciação** da questão objeto de recurso, pela decisão recorrida.

Segundo a jurisprudência dessa Colenda Corte, **não** se faz necessária, sequer, a **menção explícita** do dispositivo legal na decisão recorrida, bastando que a questão suscitada no recurso haja sido **apreciada**, como segue:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ADMISSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA CORTE. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I - O prequestionamento implícito consiste na apreciação, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tida por vulnerada, sem mencioná-la expressamente. Nestes termos, tem o Superior Tribunal de Justiça admitido o prequestionamento implícito.

II - São numerosos os precedentes nesta Corte que têm por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida e apreciada.” (STJ, CE, EREsp n.º 155.621-SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, J. 02.06.1999, DJU 13.09.1999, p. 37, JSTJ 9/47, RMP 12/353, RSTJ 127/36).

Em suas razões de apelação, a defesa do ora recorrente, requereu, preliminarmente, a **anulação** da r. sentença

condenatória, em razão do emprego de prova indevidamente emprestada, qual seja, a suposta incriminação do recorrente por um tal Sr. “[REDACTED]”, o qual, todavia, não foi sequer ouvido no presente feito (fls. 233/236).

O v. acórdão recorrido entendeu não haver nulidade, por inexistência de prova emprestada, eis que as declarações emprestadas do tal “[REDACTED]” foram extraídas de depoimento do policial [REDACTED], ouvido sob o crivo do contraditório, como se pode observar do excerto de fls. 273, abaixo transcrito:

“Também não prospera a alegada nulidade da r. sentença recorrida.

Recebida a denúncia e interrogado o apelante, nenhuma prova foi produzida nos autos sem o conhecimento da defesa. Foi observado, com rigor, o princípio do contraditório (v. fl. 37 e seguintes). Nem há, nos autos, prova emprestada. Efetivamente, foi determinante para o deslinde da demanda o relato do policial [REDACTED] (fls. 112/113), que participou da investigação do furto dos secadores e, depois, da receptação. Tal prova, no entanto, além de não ser emprestada, foi produzida com a participação da defesa, que fez várias reperguntas à testemunha. Ou seja, trata-se de prova legítima, vigorosa, sem mácula’, bem discorre a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, em judicioso parecer (fls. 260 a 261)

Acresça-se que a referência feita, na sentença, pelo MM. Juízo ‘a quo’, à pessoa de “[REDACTED]”, responsável por um estabelecimento localizado na cidade de Osasco’ (fl. 198), que teria apontado o apelante como sendo a pessoa que lhe vendera os secadores, foi extraída dos depoimentos do policial [REDACTED], prestados na fase policial e em Juízo, de sorte que, ao contrário do alegado, não há se falar em prova indevidamente emprestada.

Rejeitam-se, pois, as preliminares argüidas.”.

Diante de tais fatos, verifica-se que atendido está o requisito do prequestionamento.

(iii.2.) – As razões da contrariedade ao dispositivo legal.

A principal prova em que se baseou a r. sentença, para condenar o recorrente, a única prova da autoria do crime, foi tomada de empréstimo, de inquérito policial, produzido à revelia do recorrente.

Sucede que, como relatado pelo v. acórdão, a prova central para a condenação do recorrente foi o depoimento prestado pela única testemunha de acusação, o policial [REDACTED] (fls. 273):

“Efetivamente, foi determinante para o deslinde da demanda o relato do policial [REDACTED] (fls. 112/113), que participou da investigação do furto dos secadores e, depois, da recepção.”

Do depoimento de tal policial, a r. sentença pretendeu extrair declarações de terceira pessoa – qual seja, o tal “[REDACTED]”, “responsável por um salão na cidade de Osasco” – as quais incriminariam o recorrente, como se observa no seguinte excerto do v. acórdão (fls. 274/275):

“Não obstante sua negativa, incriminam o recorrente os depoimentos do policial civil [REDACTED] (fls. 03 a 04 e 112 a 113), corroborados pelo depoimento, prestado na delegacia, de seu colega Walmir Teodoro Mendes (fls. 06 a 07).

Com bem resume a r. sentença recorrida:

‘O policial [REDACTED] (fls. 112/113), por sua vez, detalhou todas as investigações feitas e que culminaram com a prisão do réu. Após ser procurado pela vítima que indicou um site na internet onde era anunciada a negociação dos secadores da qual detinha a exclusividade de comercialização, o depoente, seguindo as pistas, conseguiu fazer várias apreensões em diferentes cidades do estado. O réu, por sua vez, foi apontado por um responsável por um salão na cidade de Osasco que lhe apresentou uma nota fiscal, afirmando, inclusive, que havia marcado um novo encontro para adquirir mais secadores. O réu foi então detido em poder de quarenta peças sem qualquer nota fiscal e também sem identificar a pessoa de quem havia recebido. Na verdade, forneceu apenas um telefone, sem condições de contato.’

[...]

Como ainda bem discorre a r. sentença recorrida, da lavra do Dr. Marcos Zilli, que bem decidiu a lide, ‘... não se pode olvidar ter sido o réu apontado pelo próprio comprador que, por sua vez, não fez alusão a outras pessoas. Ou seja, era ele o vendedor e também o responsável pelas entregas. Nesse sentido, ficam fragilizadas as assertivas dadas pelo réu no sentido de que teria apenas acompanhado as partes quando da negociação. Não obstante, a alegação de que o réu teria apenas complementado a quantidade que teria faltado por ocasião da primeira entrega foi rechaçada pelo depoimento dado pelo policial [REDACTED].” (grifamos).

Como apontado acima, porém, o suposto “[REDACTED]” é uma grande incógnita. Não foi arrolado na denúncia como testemunha. Sua qualificação sequer consta dos autos.

Tal é a falta de informações sobre esta pessoa nos autos que, não fossem os posteriores esclarecimentos prestados pelo v. acórdão recorrido, não se poderia adivinhar de onde a r. sentença haveria extraído as declarações de tal pessoa.

Ocorre que, segundo o v. acórdão recorrido, a r. sentença haveria extraído as declarações do tal “[REDACTED]” dos depoimentos do policial [REDACTED] (fls. 273):

“Acresça-se que a referência feita, na sentença, pelo MM. Juízo ‘a quo’, à pessoa de ‘[REDACTED]’, responsável por um estabelecimento localizado na cidade de Osasco’ (fl. 198), que teria apontado o apelante como sendo a pessoa que lhe vendera os secadores, foi extraída dos depoimentos do policial [REDACTED], prestados na fase policial e em Juízo, de sorte que, ao contrário do alegado, não há se falar em prova indevidamente emprestada.” (grifamos).

Por tal razão, como se observa do excerto acima, o v. acórdão rejeitou a alegação de indevido empréstimo de prova, visto que o depoimento do policial [REDACTED] foi prestado em juízo, sob o crivo do contraditório.

Tal alegação, data venia, não pode ser admitida.

Por um lado, é verdade que as declarações do tal “██████████”, não foram emprestadas **fisicamente** a estes autos, na forma de **cópias reprográficas**.

Isto não significa, porém, que o empréstimo de prova possa se dar, exclusivamente, por **meio físico**.

É patente que, nos presentes autos, foram emprestadas provas de inquérito policial, por **meio verbal**, ou seja, ao invés de se juntar diretamente o depoimento do ██████████, ou de ouvi-lo, suas declarações foram **transpostas** a estes autos, **oralmente**, por meio do depoimento do policial ██████████.

Não há, todavia, grande diferença entre os dois meios de empréstimo probatório.

O fato do policial haver feito assertivas sobre o depoimento de **terceira pessoa**, mesmo que o tenha feito em **juízo**, não traz tal depoimento para o **contraditório** destes autos.

O único fato trazido ao contraditório é que tal policial **conduziu** ou **presenciou** a suposta oitiva do tal “██████████”, em algum momento de investigação documentada em **outros autos**.

A validade, em si, das alegações do tal “██████████” nestes autos, todavia, **ficaria sujeita à sua repetição em juízo**, para que se possibilitasse à defesa **participação em sua produção**, inclusive, com a **formulação de perguntas**, o que **não ocorreu**.

Nesse sentido, aponta brilhante monografia sobre a “teoria do testemunho de ouvir dizer”, do eminente jurista OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO:

“Quando falamos de processo acusatório, com um contraditório pleno, percebemos que os instrumentos postos à disposição para esta

realização serão os princípios da oralidade e imediação em audiência. Quer isto significar que o contato das partes com a prova há de ser imediato, principalmente quanto ao órgão julgador, que não pode estar privado da influência direta que deve ser exercida junto ao seu espírito de convencimento. Vê-se então que oralidade e imediação não se confundem, mas sim se completam. Esta influência se revela nos sinais emitidos por quem depõe, num olhar preocupado, na perplexidade diante de uma colocação, numa excitação imprópria, enfim, numa diversidade de situações que só o contato pessoal irá proporcionar." ⁴ (grifamos).

E arremata:

"Oralidade e imediação são isoladas no testemunho de ouvir dizer, pois a aceitação desta qualidade de depoimento atinge a possibilidade de o acusado interferir positivamente no processo que o tem como referente. Muni-lo extensiva e amplamente de condições à sua defesa passa pela necessária compreensão de um contraditório."⁵

Isto porque, nos termos do art. 155, do CPP, o juiz fica restrito à prova produzida sob o crivo do contraditório, salvo as cautelares, não repetíveis e antecipadas, como segue:

"Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."

Este, aliás, é o entendimento pacífico nessa Colenda Corte:

"A prova emprestada de outra ação penal somente pode ser valorada se ambas as partes tiveram integral ciência e a possibilidade do exercício do contraditório." (STJ, 6ª T., RHC n.º 20.372-SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, J. 24.05.2007, DJU 11.06.2007, p. 378).

"Admite-se a prova emprestada desde que originariamente colhida, sob o crivo do contraditório, em processo que figure as mesmas partes." (STJ, 5ª T., HC n.º 53.160-MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, J. 03.10.2006, DJU 27.11.2006, p. 293).

"A prova emprestada é admissível no âmbito do processo penal, quando colhida em feito entre as mesmas partes, foi produzida com obediência aos procedimentos legais, diz respeito aos mesmos fatos objetos da acusação que se busca provar, com ampla oportunidade de manifestação do acusado em ambas as ações [...]" (STJ, 5ª T., HC n.º

⁴ Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, *A Illicitude da Prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*, São Paulo : RT, 2004, p. 314.

⁵ Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, *A Illicitude da Prova...*, p. 366.

63.658-RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, J. 07.08.2007, DJU 27.08.2007, p. 278).

No mesmo sentido, a jurisprudência do Pretório Excelso:

“Não há dúvida – especialmente no processo penal – de que ‘toda prova que tenha sido produzida à revelia do adversário é, em geral, ineficaz. O princípio dominante nesta matéria é o de que toda prova se deve produzir com a interferência e com a possibilidade de oposição pela parte à qual possa prejudicar...’ (Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Lex, vol. 78/65).

Por tal razão, ‘a prova emprestada’, produzida com inobservância do contraditório, ‘é de valor duvidoso’ (Julgados do TACRIM/SP, Lex, vol. 89/445).” (STF, 1ª T., HC n.º 67.707-RS, Min. Rel. CELSO DE MELLO, J. 07.11.89, DJ 14.08.92, p. 12.225).

“Certo, a garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais freqüentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer (Amaral Santos, Da Prova Judiciária, 4ª ed. 1970, I/307, 313; Ada Grinover, Prova Emprestanda, Rev. Br. Ciências Criminais, 4/60, 66; Eduardo Falamini, Prova emprestanda no processo civil e penal, Rev. Inf. Legislativo, 140/145, 148).

Dispensa demonstração, no entanto que essa circunstância - a de prover a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la - só tem relevo, se se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes.

Por isso mesmo, no processo penal, a sede preferencial das objeções à prova emprestada é de prova oral.” (grifamos – STF, 1ª T., RE n.º 328.138-MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, J. 16.09.2003, DJ 17.10.2003, pp.21, RTJ 191/313).

“Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório.

Disso decorre que os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas – embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público –, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal.

[...]

A unilateralidade das investigações desenvolvidas pela Polícia Judiciária (*informatio delicti*), de um lado, e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial, de outro, não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte venha a ser a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito respectivo.

[...]

Nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do próprio sistema de direito constitucional positivo vigente em nosso País, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia.

Com a superveniência da nova Constituição do Brasil, proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: o princípio da não-culpabilidade das pessoas sujeitas a procedimentos persecutórios (DALMO DE ABREU DALLARI, 'O renascer do direito', p. 94/103, 1975, Bushatsky; WEBER MARTINS BATISTA, 'Liberdade Provisória', p. 34, 1981, Forense).

Esse postulado – cujo domínio de incidência mais expressivo é o da disciplina da prova – impede que se atribuam à denúncia penal consequências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação definitiva. Esse princípio tutelar da liberdade individual repudia presunções contrária ao imputado, que não deverá sofrer punições antecipadas e nem ser reduzido, em sua pessoal dimensão jurídica, ao status poenalis do condenado. De outro lado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador.

É preciso lembrar, Sr. Presidente, que não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Antes, cabe ao Ministério Público demonstrar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Hoje já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra hedionda que, em dado momento histórico de nosso processo político, criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de ele, acusado, provar a sua própria inocência!!.... refiro-me ao art. 20, inciso 5, do Decreto-lei nº 88, de 20/12/37 – editado sob a égide do nefando Estado Novo de VARGAS – que veiculava, no que se refere aos delitos submetidos a julgamento pelo tristemente célebre Tribunal de Segurança Nacional, e em ponto que guarda inteira pertinência com estas observações, uma fórmula jurídica do despotismo explícito: '*Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário...*'.

[...]

Não podemos desconhecer que o processo penal, representando uma estrutura formal de cooperação, rege-se pelo princípio da contraposição dialética, que, além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova nenhuma, também não legitima nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos da repressão penal. – somente se justificará quando existentes, no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se beyond all reasonable doubt (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.” (grifamos – STF, 1ª T., HC n.º 73.338, Rel. Min. Celso de Mello, J. 13.08.96, DJ 19.12.1996, p. 51.766).

Verifica-se, assim, que não poderiam haver sido admitidas, em **desfavor** do recorrente, as alegações do tal

“[REDACTED]”, ainda que carreadas a estes autos por meio de depoimento de testemunha policial, por violação ao princípio do **contraditório**.

Isto se torna ainda mais claro no presente caso, pois, como acima demonstrado, as declarações do tal “[REDACTED]” foram empregadas pela r. sentença condenatória como a **única prova efetiva de autoria** do crime em questão.

Neste sentido, o *error in judicando* é patente, sendo o caso de se absolver o recorrente, como se demonstrará, abaixo.

(iii.3.) – A absolvição do recorrente, como consequência do *error in judicando*.

Como sabido, há pelo menos duas espécies de erro passíveis de **contaminar** um ato judicial: *error in procedendo* e *error in judicando*.

“Será impugnável o ato judicial, qualquer que seja a qualidade do vício que o macule, seja ele um vício de atividade (*error in procedendo*), seja um vício de juízo (*error in judicando*), para usarmos a terminologia sugerida por Chiovenda.”⁶

O *error in procedendo* se verifica quando o ato judicial descumpra o procedimento aplicável em concreto:

“Diz-se que há *error in procedendo* quando o juiz desrespeita norma de procedimento provocando gravame à parte, vício esse, portanto, de natureza *formal*. Esta norma de procedimento é aquela determinada pelo ordenamento jurídico como um todo. Não é preciso que o juiz viole o texto expresso de lei para caracterizar-se o erro no procedimento; basta descumpra ele a regra jurídica aplicável ao caso

⁶ Nelson Nery Jr., *Aspectos da Teoria Geral dos Recursos no Processo Civil*. Justitia, São Paulo, v. 144, pp. 55-64, 1988, pp. 56-57.

concreto. Consideram-se também erros no procedimento, aqueles cometidos pelas partes, que não forem corrigidos pelo juiz.”⁷

O *error in judicando*, por sua vez, constitui equívoco no **juízo**, pela aplicação de efeitos jurídicos diversos dos devidos:

“Os *errores in judicando* são aqueles pelos quais o juiz desconhece efeitos jurídicos que a lei determina para a espécie em julgamento ou, ao contrário, reconhece existentes efeitos jurídicos diversos daqueles. O vício é de natureza *substancial*, de conteúdo, provocando a injustiça do ato judicial. Não se trata de vício de forma, mas sim de fundo. Normalmente o erro de juízo se refere ao próprio mérito da causa, vale dizer, à *res in judicium deducta*.”⁸

No presente caso, não se está diante de um *error in procedendo*, mas de um *error in judicando*.

Sucede que, a r. sentença condenatória **conferiu o valor de prova** a determinadas declarações, quando tal lhe era vedado, por tratar-se de **prova indevidamente emprestada**.

Com base em tal prova, a **única** prova efetiva quanto à autoria criminal, a r. sentença condenou o recorrente.

Sendo assim, descabe meramente se anular tal decisão para que outra seja proferida, eis que, não havendo, nos presentes autos, uma prova **válida** acerca da autoria criminal, a única solução cabível é a **absolvição** do recorrente, como bem salientado em voto do Eminentíssimo Ministro MARCO AURÉLIO:

“Mas, indago: tem-se um vício de procedimento ou um vício de julgamento, impondo-se condenação quando o quadro levaria à absolvição? A meu ver, tem-se um vício de julgamento. Não sendo um vício de procedimento, um vício na arte de proceder, não cabe a anulação para rejulgar-se, porque o Juízo se defrontará, de qualquer forma, com aquele contexto probatório com o qual se defrontou anteriormente no que somente apontando como elemento de

⁷ Nelson Nery Jr., *Aspectos da Teoria Geral dos Recursos no Processo Civil...*, p. 57.

⁸ Nelson Nery Jr., *Aspectos da Teoria Geral dos Recursos no Processo Civil...*, p. 57.

convicção a palavra do co-réu, mesmo assim na fase inquisitória. Por isso é que a conclusão, a meu ver, é no sentido da absolvição por falta de prova quanto à imputação.

[...]

Vejamos a situação concreta. Tem-se que presumir o que normalmente ocorre. Houvesse outro elemento de prova no processo-crime, o Juízo, ao sentenciar, apenas aludiria à confissão do co-réu? Não. Teria lançado esse outro elemento. Se não lançou, é porque ele não existe. Se a palavra do co-réu não subsiste a ponto de respaldar a condenação, a situação concreta, a meu ver, deságua na absolvição.

[...] ocorreu um vício de julgamento. Condenou-se quando a situação concreta estaria a levar à absolvição. Se se trata de vício de julgamento, não cabe o retorno ao *status quo ante*.” (voto vencido do Min. MARCO AURÉLIO *in* STF, 1ª T., HC n.º 94.034-SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, J. 10.06.2008, DJe 04.09.2008).

Diante de todo o exposto, nos termos do art. 105, inc. III, alínea a, da CF, requer-se seja dado provimento ao presente recurso especial, para que seja reconhecida a inadmissibilidade da única prova de autoria criminal da qual se valeu a r. sentença para a condenação do recorrente, nos termos do art. 155, do CPP, e, por conseguinte, seja o mesmo absolvido, em razão da inexistência de provas de ter concorrido para a infração penal, nos termos do art. 386, inc. V, do CPP.

Caso não seja esse o entendimento dessa C. Turma, o que se admite somente por hipótese e em atendimento ao princípio da eventualidade, passa-se à exposição do pedido em alternativa.

(iii.4.) – A declaração de nulidade da r. sentença.

Caso se repila a absolvição do recorrente, deve ser reconhecida, alternativamente, a nulidade da r. sentença condenatória, para que outra seja proferida, sanando-se tal vício.

Isto porque, em violação ao quanto prescrito no art. 155, do CPP, a r. sentença condenou o recorrente com base em prova de **autoria** do crime, **indevidamente emprestada**.

Da mesma forma, o v. acórdão recorrido também foi **contaminado** por tal vício, na medida em que **manteve** a condenação do recorrente, rejeitando a nulidade argüida.

Diante de todo o exposto, nos termos do art. 105, inc. III, alínea a, da CF, requer-se seja dado provimento ao presente recurso especial, para que seja declarada a **nulidade** da r. sentença condenatória de primeiro grau, e de tudo o mais que se seguiu, por haver se valido de prova produzida **sem contraditório**, em contrariedade ao art. 155, do CPP.

Caso não seja esse o entendimento dessa C. Turma, o que se admite somente por hipótese e em atendimento ao princípio da eventualidade, passa-se à exposição do pedido em alternativa.

(iv) – A Contrariedade do v. Acórdão ao art. 156 do CPP, pela inversão do ônus probatório (CF, art. 105, inc. III, alínea a).

(iv.1) – O prequestionamento.

O prequestionamento trata-se da necessidade da **prévia apreciação** da questão objeto de recurso, pela decisão recorrida.

Segundo a jurisprudência dessa Colenda Corte, **não** se faz necessária, sequer a **menção explícita** do

dispositivo legal na decisão recorrida, bastando que a questão suscitada no recurso haja sido apreciada, como segue:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ADMISSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA CORTE. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I - O prequestionamento implícito consiste na apreciação, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tida por vulnerada, sem mencioná-la expressamente. Nestes termos, tem o Superior Tribunal de Justiça admitido o prequestionamento implícito.

II - São numerosos os precedentes nesta Corte que têm por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida e apreciada.” (STJ, CE, EREsp n.º 155.621-SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, J. 02.06.1999, DJU 13.09.1999, p. 37, JSTJ 9/47, RMP 12/353, RSTJ 127/36).

Ao julgar o recurso de apelação interposto pelo ora recorrente, a C. 13ª Câmara de Direito Criminal do E. TJSP empregou argumento novo para sustentar a r. sentença condenatória, qual seja, a inversão do ônus da prova, como se pode observar do excerto constante a fls. 274/275:

“Ademais, competia ao apelante demonstrar a veracidade da versão exculpatória apresentada, pois, como cediço, em tema de receptação, a apreensão da res em poder do acusado enseja a INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

A respeito: ‘em tema de receptação, a só posse injustificada da res faria - como no furto - por presumir a autoria. Ao possuidor, tal sucedendo, é que competiria demonstrar havê-la recebido por modo lícito. A apreensão da res furtiva em poder do acusado enseja, indubitavelmente, inversão do ônus da prova’ (TACrim, Rev. n.º 279.894/3, 4º Grupo de Câmaras, j. 19.10.95, Rel. então Juiz, hoje Desembargador, Luiz Ambra - RT 728/54).

Ocorre que o apelante não se desincumbiu desse mister, restando isolada e sem supedâneo na prova dos autos sua alegação de que somente intermediou a venda dos secadores de cabelo, sem saber que eram produtos de furto.” (grifamos).

Tal fundamentação surpreendeu a defesa, pois não fora anteriormente debatida na r. sentença, bem como violou expressa disposição do art. 156, do CPP.

Por tal razão, visando conferir ao Tribunal a *quo* a possibilidade de se manifestar sobre tal vício, a defesa do ora

recorrente opôs embargos de declaração (fls. 279/291), requerendo expressa manifestação, sobre tal questão, em atendimento à jurisprudência dessa Colenda Corte, como se observa do seguinte julgado:

“Bem de ver, ainda, que é pacífica a jurisprudência neste Tribunal no sentido de que, ainda que a ofensa à legislação federal surja por ocasião do julgamento do acórdão recorrido, é indispensável a oposição de embargos declaratórios, para que o Tribunal a quo tenha a oportunidade de se manifestar sobre a questão.” (STJ, 3ª T., EDcl. no Ag. n.º 1.134.266-RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, J. 06.08.2009, DJe 28.08.2009).

A C. 13ª Câmara de Direito Criminal do E. TJSP, todavia, rejeitou os embargos, sob o argumento de que o v. acórdão não haveria empregado a inversão do ônus da prova, nos seguintes termos (fls. 295):

“Contra o v. acórdão de fls. 271 a 276, que rejeitou as preliminares e negou provimento ao recurso de apelação interposto por [REDACTED], interpõe o condenado os presentes embargos de declaração, nos quais alega nulidade absoluta do aresto, ‘em razão de haver empregado a inversão do ônus da prova, em violação ao artigo 5º, incs. LIV, LV, LVII, da CF e ao art. 156 do CPP’ (fls. 279 a 290).

E o relatório.

O v. acórdão embargado não contém ambigüidade, obscuridade, dúvida ou contradição, nem omitiu ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Tribunal.

O v. acórdão analisou as provas coligidas, para rejeitar as preliminares, negar provimento ao recurso, e confirmar a r. sentença condenatória.

Efetivamente, o v. acórdão não contém o vício apontado, de inversão do ônus da prova, pelo contrário, analisou-a com percuciência, e concluiu pelo acerto da r. sentença condenatória.

Na realidade, o que pretende o embargante é rescindir o v. acórdão, pretensão manifestamente incabível em sede de embargos de declaração.”

Diante de tais fatos, verifica-se que atendido está o requisito do prequestionamento.

(iv.2) – A comprovação do dissídio jurisprudencial.

Nos termos do art. 255, § 2º do RISTJ e do art. 541, par. ún. do CPC, quando o recurso se fundar em **dissídio jurisprudencial**, como no presente caso, o recorrente deve fazer a **prova da divergência** mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial, credenciado ou autorizado.

O presente recurso se funda em **divergência interpretativa** acerca do art. 156, do CPP, entre a decisão recorrida e o v. acórdão proferido nos autos do **Recurso Especial n.º 633.615-RS**, da C. 5ª Turma desse C. STJ, de relatoria do eminente Ministro GILSON DIPP, a seguir ementado:

“CRIMINAL. FURTO. APREENSÃO DA RES FURTIVA EM PODER DO ACUSADO. INVERSÃO DO ONUS PROBANDI. INOCORRÊNCIA. INOCÊNCIA PRESUMIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I - Hipótese em que o réu, acusado de furto simples, foi absolvido nas instâncias inferiores, por insuficiência de provas.

II - Incabível a hipótese de inversão do ônus da prova, diante do fato de que a res furtiva foi apreendida em poder do acusado, se a hipótese retrata situação em que o réu foi surpreendido com o objeto furtado dias após o fato narrado na exordial acusatória.

III - Ao réu compete negar os fatos a ele imputados, e não a prova de sua inocência, que é presumida. Precedente do STF.

IV - Recurso desprovido.” (STJ, 5ª T., REsp n.º 633.615-RS, Rel. Min. GILSON DIPP, j. 28.09.2004, DJ 08.11.2004, p. 285, RT vol. 832, p. 503).

Por cautela, a prova da divergência será realizada, primeiramente, pela citação de **repositório autorizado**, qual seja, a **Revista dos Tribunais (RT)**, autorizada nos termos da Portaria n.º 08/1990, da Diretoria da Revista desse C. STJ, a qual reproduz o v. acórdão paradigma em seu **volume n.º 832, página 503**.

Ademais, para facilitar a apreciação do presente recurso, **colaciona-se a anexa cópia de tal acórdão**, a qual, desde logo, é **declarada autêntica** pelos subscritores, sob sua responsabilidade pessoal, nos termos do art. 255, § 1º, “a”, do RISTJ e do art. 365, inc. IV, do CPC.

Diante de tais fatos, verifica-se que **atendido está o requisito de comprovação do dissídio jurisprudencial**.

(iv.3) As circunstâncias relevantes que identificam os casos confrontados.

Nos termos do art. 255, § 2º do RISTJ e do art. 541, par. ún., *in fine*, do CPC, quando o recurso se fundar em dissídio jurisprudencial, como no presente caso, o recorrente deve mencionar as **circunstâncias** que **identifiquem** ou **assemelhem** os casos confrontados, como aponta a jurisprudência:

“Esta Corte tem reiteradamente decidido que, para comprovação da divergência jurisprudencial, não basta a simples transcrição de ementas, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais dos julgados ou, ainda, indicado o repositório oficial de jurisprudência.” (STJ, 6ª T., Decisão Monocrática no AI n.º 627.610-RS, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, J. 13.10.2008, DJE 17.10.2008).

Ciente de tal ônus, o recorrente aponta **três circunstâncias** que identificam ou assemelham os julgados ora confrontados.

Em primeiro lugar, ambos os julgados cuidam de **crimes contra o patrimônio**, quais sejam, furto (paradigma) e receptação (v. acórdão recorrido).

Em segundo lugar, em ambos, está em questão o ônus da prova, questionado, expressamente, à luz do art. 156, do CPP.

E, por fim, ambos os acórdãos debatem acerca da inversão do ônus da prova, pela apreensão do bem objeto do delito, na posse do acusado.

Comprovando tais assertivas, segue a seguinte passagem extraída da 3ª página do v. acórdão paradigma:

“Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado, que manteve sentença absolutória de primeiro grau.

Em razões, o recorrente alega que, nos delitos patrimoniais, quando a *res* furtiva é apreendida em poder do acusado, inverte-se o ônus da prova.

Pugna, então, pela condenação do réu nas penas do art. 155, caput, do Código Penal.

Conheço do recurso porque satisfeitos os requisitos de admissibilidade, não merecendo prosperar a irresignação.

O art. 156 do Código de Processo Penal dispõe que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Nesse contexto, tem-se que cabe ao órgão acusador a prova do fato típico, da ilicitude e da culpabilidade.

Ao réu compete negar os fatos a ele imputados, e não a prova de sua inocência, que é presumida.”.

Ademais, a despeito de o v. acórdão proferido em sede de embargos de declaração (fls. 295) negar que o v. acórdão recorrido se valeu da inversão do ônus da prova, tal procedimento se encontra expressamente mencionado no v. acórdão recorrido, como se pode observar do excerto constante a fls. 274/275:

“Ademais, competia ao apelante demonstrar a veracidade da versão exculpatória apresentada, pois, como cediço, em tema de receptação, a apreensão da *res* em poder do acusado enseja a INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

A respeito: ‘em tema de receptação, a só posse injustificada da *res* faria - como no furto - por presumir a autoria. Ao possuidor, tal sucedendo, é que competiria demonstrar havê-la recebido por modo lícito. A apreensão da *res* furtiva em poder do acusado enseja, indubitavelmente, inversão do ônus da prova’ (TACrim, Rev. nº

279.894/3, 4º Grupo de Câmaras, j . 19.10.95, Rel. então Juiz, hoje Desembargador, Luiz Ambra - RT 728/54).

Ocorre que o apelante não se desincumbiu desse mister, restando isolada e sem supedâneo na prova dos autos sua alegação de que somente intermediou a venda dos secadores de cabelo, sem saber que eram produtos de furto.” (grifamos).

Diante de tais fatos, verifica-se que **atendido está o requisito de confrontação dos julgados.**

(iv.4) As razões da divergência do julgado paradigma.

Ao contrário do v. acórdão recorrido, no julgado paradigma, por unanimidade, a E. 5ª Turma desse C. STJ, conferiu entendimento diverso ao art. 156, do CPP.

Segundo o julgado paradigma, sob a égide do art. 156 do CPP, **não se admite a inversão do ônus da prova**, em processo penal, como segue, *verbis*:

“Em razões, o recorrente alega que, nos delitos patrimoniais, quando a *res furtiva* é apreendida em poder do acusado, inverte-se o ônus da prova.

Pugna, então, pela condenação do réu nas penas do art. 155, caput, do Código Penal.

[...]

O art. 156 do Código de Processo Penal dispõe que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Nesse contexto, tem-se que cabe ao órgão acusador a prova do fato típico, da ilicitude e da culpabilidade.

Ao réu compete negar os fatos a ele imputados, e não a prova de sua inocência, que é presumida.”.

Permissa venia, a divergência interpretativa é manifesta.

(iv.5) As razões de reforma do v. acórdão recorrido.

Em primeiro lugar, é preciso se ressaltar que o mero fato de alguém portar determinado produto, sem a comprovação de sua origem, **não indica que tal produto tenha origem criminosa**. Ora, a conclusão “origem criminosa” não está contida na premissa “inexistência de prova de origem”. O fato de alguém não poder fazer prova da origem de uma mercadoria apenas comprova que tal mercadoria tem origem **desconhecida** e **nada mais**.

Em segundo lugar, é preciso se salientar que a **inversão do ônus da prova**, simplesmente, **não é admitida em processo penal**, nos termos do art. 156, do CPP, bem como em atenção aos princípios da **ampla defesa**, do **contraditório** e, mais especificamente, da **presunção de inocência**, impostos constitucionalmente, por cláusulas pétreas, **inderrogáveis**.

Neste sentido, ensina AURY LOPES JR., à luz do princípio da **presunção de inocência**, que o **ônus probatório é sempre da acusação**, como segue, abaixo:

“É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência. Erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundadas na ‘falta de provas da tese defensiva’, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente.”⁹

Na mesma direção, salienta GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVANHY BADARÓ:

⁹ Aury Lopes Jr., *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, vol. I, 2ª ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, pp. 495 e 496

“No processo penal condenatório o acusado não tem qualquer ônus probatório, porque a regra constitucional da presunção de inocência assegura que qualquer dúvida sobre o fato relevante deve ser resolvida em favor do acusado.”¹⁰

Nesse sentido, brilhante voto de lavra do
ilustríssimo Ministro CELSO DE MELLO:

“A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral.

Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório.

Disso decorre que os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas – embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público –, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal.

[...]

A unilateralidade das investigações desenvolvidas pela Polícia Judiciária (*informatio delicti*), de um lado, e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial, de outro, não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte venha a ser a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito respectivo.

[...]

Nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do próprio sistema de direito constitucional positivo vigente em nosso País, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia.

Com a superveniência da nova Constituição do Brasil, proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: o princípio da não-culpabilidade das pessoas sujeitas a procedimentos persecutórios (DALMO DE ABREU DALLARI, ‘O renascer do direito’, p. 94/103, 1975, Bushatsky; WEBER MARTINS BATISTA, ‘Liberdade Provisória’, p. 34, 1981, Forense).

Esse postulado – cujo domínio de incidência mais expressivo é o da disciplina da prova – impede que se atribuam à denúncia penal consequências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação definitiva. Esse princípio tutelar da liberdade individual repudia presunções contrárias ao imputado, que não deverá sofrer punições antecipadas e nem ser reduzido, em sua pessoal dimensão

¹⁰ Gustavo Henrique Righi Ivanhy Badaró, *Ônus da Prova no Processo Penal*, São Paulo : RT, 2003, p. 435.

jurídica, ao status poenalis do condenado. De outro lado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador.

É preciso lembrar, Sr. Presidente, que não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Antes, cabe ao Ministério Público demonstrar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Hoje já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra hedionda que, em dado momento histórico de nosso processo político, criou, para o réu, com a falta de pudor que cacteriza os regimes autoritários, a obrigação de ele, acusado, provar a sua própria inocência!!.... refiro-me ao art. 20, inciso 5, do Decreto-lei nº 88, de 20/12/37 – editado sob a égide do nefando Estado Novo de VARGAS – que veiculava, no que se refere aos delitos submetidos a julgamento pelo tristemente célebre Tribunal de Segurança Nacional, e em ponto que guarda inteira pertinência com estas observações, uma fórmula jurídica do despotismo explícito: *‘Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário...’*.

[...]

Não podemos desconhecer que o processo penal, representando uma estrutura formal de cooperação, rege-se pelo princípio da contraposição dialética, que, além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova nenhuma, também não legitima nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos da repressão penal. – somente se justificará quando existentes, no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se beyond all reasonable doubt (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.” (grifamos – STF, 1ª T., HC n.º 73.338, Rel. Min. Celso de Mello, J. 13.08.96, DJ 19.12.1996, p. 51.766).

Igualmente, a jurisprudência:

“É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.” (STJ, 6ª T., HC n.º 27.684-AM, Rel. Min. PAULO MEDINA, J. 15.03.2007, DJU 09.04.2007, p. 267).

“HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. ELEMENTOS DO TIPO. ‘VANTAGEM INDEVIDA’. ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DA ACUSAÇÃO. PRESUNÇÃO DESCABIDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE.

Cabe à acusação provar a configuração dos elementos do tipo do delito imputado ao réu.

No presente caso, tratando-se de delito de extorsão (art. 158, CP), deveria a acusação demonstrar que a vantagem econômica perseguida era indevida de forma a caracterizar efetivamente o crime imputado.

Descabe inverter este ônus encarregando a defesa de provar que a vantagem era devida, descaracterizando o delito de extorsão.

A configuração de constrangimento mediante grave ameaça não faz supor que a vantagem econômica pleiteada era indevida, elemento que deveria ser provado pela acusação.

Ordem concedida, com expedição de alvará de soltura.” (STJ, 5ª T., HC n.º 18.515-RJ, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, J. 20.11.2001, DJU 25.02.2002, p. 421, LEXSTJ 155/364, RDTJRJ 53/78, RT 799/557).

“No campo processual penal é impróprio transferir-se aos ombros do agente prova de fato negativo - o de não haver praticado o crime - mormente com a consequência de, não a implementando, vir a ser condenado.” (STF, 2ª T., HC n.º 70.274-RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, J. 26.10.1993, DJU 18.03.1994, pp. 5.167).

“APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO. OCULTAR BEM MÓVEL SABENDO TRATAR-SE DE PRODUTO DE CRIME. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS PARA A CONDENAÇÃO. A ausência de prova robusta no sentido de o réu ter ciência da origem criminosa do veículo encontrado na sua propriedade, determina a absolvição nos termos do artigo 386, VII, do CPP. Uma vez encontrados o bem dentro da propriedade do acusado, mostra-se absolutamente vedada a inversão o ônus da prova ao réu, sob pena de aplicação de responsabilidade penal objetiva. Ademais, o Direito Penal não se compadece com meras conjecturas e suposições, pois em favor do acusado milita a presunção constitucional de inocência. Deram provimento ao recurso de apelação criminal para absolver ELIANDRO SILVA DA SILVA do delito do artigo 180, caput, do CP, forte no disposto no artigo 386, inciso VII, do CPP. Unânime.” (TJRS, 6ª Câ. Crim., Ap. n.º 70025337429, Rel. Des. MARIO ROCHA LOPES FILHO, J. 18.12.2008, DJ 09.01.2009).

“Recepção. Não há inversão da prova em Processo Penal. O ônus probatório incumbe ao órgão acusador. Insuficiência probatória: autoria presumida, não provada. Absolvição premente. Deram provimento ao apelo defensivo (unânime).” (TJRS, 5ª Câ. Crim., Ap. n.º 70025470238, Rel. AMILTON BUENO DE CARVALHO, J. 13.08.2008, DJU 02/09/2008).

Sendo a inversão do ônus da prova procedimento **ilegal** e **inconstitucional**, o presente feito encontra-se viciado por **nulidade absoluta**.

Por tal razão, requer-se seja conferido provimento ao presente recurso especial, nos termos do art. 105, inc. III, alínea c, da CF, reconhecendo-se a **nulidade** do v. acórdão recorrido, por haver se valido da **inversão do ônus da prova** em desfavor do recorrente, em violação ao art. 156 do CPP, para que prevaleça o entendimento contido no v. acórdão paradigma, segundo o qual é **incabível** a inversão do ônus da prova em processo penal.

V – O PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer-se seja **conhecido** e **provido** o presente recurso especial para que:

1º) seja reconhecida a **contrariedade** do v. acórdão recorrido ao art. 619, do CPP, eis que este se **omitiu** em apreciar **violações** a dispositivos legais e constitucionais **expressamente suscitadas** pelo recorrente, nos termos do art. 105, inc. III, alínea a, da CF, para que seja determinada ao E. Tribunal *a quo* a **prolação de outra decisão**, que supra as omissões apontadas; ou, alternativamente,

2º) seja reconhecida a **contrariedade** do v. acórdão ao art. 14, 3, *b*, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e ao art. 8º, 2, *c*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos termos do art. 105, inc. III, alínea a, da CF, em razão de haver **mantido** a condenação do recorrente, por rejeitar a nulidade relativa à **falta de produção de prova tempestivamente requerida pela defesa**, sem levar em conta que tal seria a **única** prova apta a resolver a dúvida acerca da comprovação da **materialidade delitiva**, de modo que, **persistindo tal dúvida**, em atenção ao *in dubio pro reo*, deve o recorrente ser **absolvido**, nos termos do art. 386, inc. II, do CPP; ou, alternativamente,

3º) seja reconhecida a **contrariedade** do v. acórdão ao art. 14, 3, *b*, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e ao art. 8º, 2, *c*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos termos do art. 105, inc. III, alínea a, da CF, em razão de haver **mantido** a condenação do recorrente, por rejeitar a nulidade relativa à **falta de produção de prova tempestivamente requerida pela defesa**, para que seja declarada a **nulidade** do processo, desde o

encerramento da instrução processual, determinando-se que seja intimada a vítima para que apresente os documentos relativos à importação dos secadores de cabelo em questão, que comprovem a alegada **exclusividade** em sua comercialização, em território nacional; ou, alternativamente,

4º) seja reconhecida a contrariedade do v. acórdão ao art. 155, do CPP, nos termos do art. 105, inc. III, alínea a, da CF, por haver **mantido** a condenação do recorrente, rejeitando a nulidade arguida pela defesa, relativa ao emprego de prova **indevidamente emprestada**, para que seja reconhecida a inadmissibilidade da **única** prova de autoria criminal da qual se valeu a r. sentença para a condenação do recorrente, e, por conseguinte, seja o mesmo **absolvido**, em razão da **inexistência de provas de ter concorrido para a infração penal**, nos termos do art. 386, inc. V, do CPP; ou, alternativamente,

5º) seja reconhecida a contrariedade do v. acórdão ao art. 155, do CPP, nos termos do art. 105, inc. III, alínea a, da CF, por haver **mantido** a condenação do recorrente, rejeitando a nulidade arguida pela defesa, relativa ao emprego de prova **indevidamente emprestada**, para que seja declarada a **nulidade** da r. sentença de primeiro grau, e de tudo o mais que se seguiu, determinando-se a prolação de outra em seu lugar, que sane tal vício; ou, alternativamente,

6º) seja reconhecido o dissídio jurisprudencial apresentado e a contrariedade do v. acórdão ao art. 156 do CPP, nos termos do art. 105, inc. III, alínea a, da CF, por haver **invertido o ônus da prova** em desfavor do recorrente, para que seja declarada a **nulidade** de tal decisão, determinando-se a prolação de uma outra em seu lugar, capaz de sanar tal vício.

Termos em que,
p. deferimento.

São Paulo, 25 de setembro de 2009.

Filipe S. Sarmiento Fialdini
O.A.B./S.P. n.º 234.093

Francisco de P. Bernardes Jr.
O.A.B./S.P. n.º 246.279

Rol dos Documentos anexos

1) Cópia do v. acórdão proferido nos autos do REsp n.º 633.615-RS, de relatoria do Exmo. Min. GILSON DIPP (RT 832/503).