



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1846407 - RS (2019/0327540-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : LUIZ FERNANDO DE AVILA LEIVAS
ADVOGADOS : MARITANIA LUCIA DALLAGNOL - RS025419
IAN CUNHA ANGELI - RS086860B
VINÍCIUS RIBEIRO DA LUZ - RS103975
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI 201/67. ALEGAÇÃO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEFICIENTE EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA. TESE DE NULIDADE. INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. SUPORTE NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. TESE DE NULIDADE POR OFENSA AO ART. 212 DO CPP. INQUIRIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS PELO JUIZ, DIANTE DA AUSÊNCIA DO MEMBRO DO *PARQUET* EM AUDIÊNCIA. PREJUÍZO DEMONSTRADO. DETERMINADO O RETORNO DOS AUTOS PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PREJUDICADA A ANÁLISE DOS DEMAIS PLEITOS DEFENSIVOS.

1. Não prospera o argumento de prestação jurisdicional deficiente, porquanto as controvérsias suscitadas pelo embargante foram analisadas pela instância ordinária, em que pese o seu descontentamento com o resultado do julgado.

2. [...] a teor da jurisprudência desta Corte Superior, *os embargos declaratórios não se prestam para forçar o ingresso na instância extraordinária se não houver omissão a ser suprida no acórdão nem fica o juiz obrigado a responder a todas as alegações das partes quando já encontrou motivo suficiente para fundar a decisão* (AgRg no Ag n. 372.041/SC, Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 4/2/2002), *de forma que não há falar em negativa de prestação jurisdicional apenas porque o Tribunal local não acatou a pretensão deduzida pela parte* (AgRg no REsp n. 1.220.895/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 10/9/2013).

3. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dispôs que *a alegação de inépcia, por suposta imprecisão da data e descrição dos fatos praticados, não vinga. A inicial acusatória atende satisfatoriamente - mais ainda porque amparada em vastos elementos extraídos da investigação, aos quais o*

acusado teve acesso - ao conteúdo do art. 41 do CPP. A conduta remanescente, apontada no 2º fato da inicial acusatória, aponta que o acusado, entre fevereiro de 2010 e outubro de 2011, utilizou-se indevidamente, em proveito alheio, de bens e serviços do Município de Pinheiro Machado para beneficiar terceiro, quem seja, Luís Eduardo Nunes Pinto Lemos. Destaca, ainda, a participação de Bernadete Paz, Secretária Municipal e também companheira do suposto beneficiado, violando-se as regras insculpidas na Lei de Licitações. A descrição da suposta infração apontou mínima e suficientemente os elementos que compunham a acusação, tanto que permitiu ao acusado a ampla defesa, o que se evidencia claramente a partir do material produzido em autodefesa e também por sua defesa técnica. Em suma, sabia do que estava sendo acusado (fls. 1.513/1.514).

4. O Tribunal *a quo*, a partir da análise de elementos de cunho fático-probatório, definiu como presente a demonstração da tipicidade entre as condutas imputadas e o quanto disposto na denúncia, demonstrando assim, a presença de justa causa para a ação penal. Não há falar em inépcia da denúncia, bem como cerceamento de defesa, por conta da imprecisão das datas dos atos delitivos.

5. Para rever a conclusão da Corte de origem, na forma pretendida na presente insurgência, há necessidade de reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

6. *Se a denúncia descreve a conduta do acusado que pode se amoldar ao delito imputado, de forma que torna plausível a imputação e possibilita o exercício da ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes e sob o crivo do contraditório, não há falar em violação ao disposto no art. 41 do CPP. [...] O exame das alegações de inépcia da inicial acusatória por ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade do delito ou, ainda, que não existem provas do dolo e da fraude para desconstituir o entendimento das instâncias ordinárias, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada da via recursal eleita, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte (AgRg no AgRg no REsp n. 1.515.946/PR, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 14/9/2018).*

7. O fato de o Ministério Público não ter comparecido à audiência de instrução não dá, à autoridade judicial, a liberdade de assumir a função precípua do *Parquet*.

8. Em face da repreensível ausência do *Parquet*, que, sem qualquer justificativa, acarretou a contaminação do bom andamento do processo, o órgão julgador deveria prosseguir a audiência sem as perguntas acusatórias ou, então, suspender a audiência e marcar uma nova data.

9. O Magistrado, *no caso concreto*, [...], *agiu em substituição à produção probatória que compete às partes, inquirindo diretamente os depoentes, violando o devido processo legal e o sistema acusatório. [...] Assim, deve ser reconhecida a nulidade da colheita probatória realizada em desacordo com o art. 212 do Código de Processo Penal, bem como devem ser desentranhados e renovados os atos processuais contaminados,*

notadamente os interrogatórios dos Réus, meio de defesa realizado ao final da instrução, e as alegações finais, que foram produzidas consoante os elementos probatórios então constantes nos autos [...] (AgRg no HC n. 708.908/RS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 3/10/2022).

10. Resta evidenciado o prejuízo, pois a sentença considerou fundamentos extraídos da referida audiência ao lastrear o édito condenatório.

11. *Na hipótese em exame, inexistem as omissões indicadas nos embargos de declaração; o que há é decisão contrária aos interesses da parte, visto que foi explicitamente afirmado que a Juíza, ao iniciar os questionamentos e formular a maioria das perguntas, assumiu o protagonismo na inquirição de testemunhas, em patente violação ao art. 212 do CPP, sendo presumido o prejuízo sofrido pela defesa (EDcl no HC n. 741.725/RS, Ministro Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, DJe de 27/10/2022).*

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para reconhecer a nulidade do art. 212 do Código de Processo Penal, determinando o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Fará declaração de voto o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 13 de dezembro de 2022.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1846407 - RS (2019/0327540-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : LUIZ FERNANDO DE AVILA LEIVAS
ADVOGADOS : MARITANIA LUCIA DALLAGNOL - RS025419
IAN CUNHA ANGELI - RS086860B
VINÍCIUS RIBEIRO DA LUZ - RS103975
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI 201/67. ALEGAÇÃO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEFICIENTE EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA. TESE DE NULIDADE. INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. SUPORTE NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. TESE DE NULIDADE POR OFENSA AO ART. 212 DO CPP. INQUIRIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS PELO JUIZ, DIANTE DA AUSÊNCIA DO MEMBRO DO *PARQUET* EM AUDIÊNCIA. PREJUÍZO DEMONSTRADO. DETERMINADO O RETORNO DOS AUTOS PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PREJUDICADA A ANÁLISE DOS DEMAIS PLEITOS DEFENSIVOS.

1. Não prospera o argumento de prestação jurisdicional deficiente, porquanto as controvérsias suscitadas pelo embargante foram analisadas pela instância ordinária, em que pese o seu descontentamento com o resultado do julgado.

2. [...] a teor da jurisprudência desta Corte Superior, *os embargos declaratórios não se prestam para forçar o ingresso na instância extraordinária se não houver omissão a ser suprida no acórdão nem fica o juiz obrigado a responder a todas as alegações das partes quando já encontrou motivo suficiente para fundar a decisão* (AgRg no Ag n. 372.041/SC, Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 4/2/2002), *de forma que não há falar em negativa de prestação jurisdicional apenas porque o Tribunal local não acatou a pretensão deduzida pela parte* (AgRg no REsp n. 1.220.895/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 10/9/2013).

3. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dispôs que *a alegação de inépcia, por suposta imprecisão da data e descrição dos fatos praticados, não vinga. A inicial acusatória atende satisfatoriamente - mais ainda porque amparada em vastos elementos extraídos da investigação, aos quais o*

acusado teve acesso - ao conteúdo do art. 41 do CPP. A conduta remanescente, apontada no 2º fato da inicial acusatória, aponta que o acusado, entre fevereiro de 2010 e outubro de 2011, utilizou-se indevidamente, em proveito alheio, de bens e serviços do Município de Pinheiro Machado para beneficiar terceiro, quem seja, Luís Eduardo Nunes Pinto Lemos. Destaca, ainda, a participação de Bernadete Paz, Secretária Municipal e também companheira do suposto beneficiado, violando-se as regras insculpidas na Lei de Licitações. A descrição da suposta infração apontou mínima e suficientemente os elementos que compunham a acusação, tanto que permitiu ao acusado a ampla defesa, o que se evidencia claramente a partir do material produzido em autodefesa e também por sua defesa técnica. Em suma, sabia do que estava sendo acusado (fls. 1.513/1.514).

4. O Tribunal *a quo*, a partir da análise de elementos de cunho fático-probatório, definiu como presente a demonstração da tipicidade entre as condutas imputadas e o quanto disposto na denúncia, demonstrando assim, a presença de justa causa para a ação penal. Não há falar em inépcia da denúncia, bem como cerceamento de defesa, por conta da imprecisão das datas dos atos delitivos.

5. Para rever a conclusão da Corte de origem, na forma pretendida na presente insurgência, há necessidade de reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

6. *Se a denúncia descreve a conduta do acusado que pode se amoldar ao delito imputado, de forma que torna plausível a imputação e possibilita o exercício da ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes e sob o crivo do contraditório, não há falar em violação ao disposto no art. 41 do CPP. [...] O exame das alegações de inépcia da inicial acusatória por ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade do delito ou, ainda, que não existem provas do dolo e da fraude para desconstituir o entendimento das instâncias ordinárias, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada da via recursal eleita, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte (AgRg no AgRg no REsp n. 1.515.946/PR, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 14/9/2018).*

7. O fato de o Ministério Público não ter comparecido à audiência de instrução não dá, à autoridade judicial, a liberdade de assumir a função precípua do *Parquet*.

8. Em face da repreensível ausência do *Parquet*, que, sem qualquer justificativa, acarretou a contaminação do bom andamento do processo, o órgão julgador deveria prosseguir a audiência sem as perguntas acusatórias ou, então, suspender a audiência e marcar uma nova data.

9. O Magistrado, *no caso concreto*, [...], *agiu em substituição à produção probatória que compete às partes, inquirindo diretamente os depoentes, violando o devido processo legal e o sistema acusatório. [...] Assim, deve ser reconhecida a nulidade da colheita probatória realizada em desacordo com o art. 212 do Código de Processo Penal, bem como devem ser desentranhados e renovados os atos processuais contaminados,*

notadamente os interrogatórios dos Réus, meio de defesa realizado ao final da instrução, e as alegações finais, que foram produzidas consoante os elementos probatórios então constantes nos autos [...] (AgRg no HC n. 708.908/RS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 3/10/2022).

10. Resta evidenciado o prejuízo, pois a sentença considerou fundamentos extraídos da referida audiência ao lastrear o édito condenatório.

11. *Na hipótese em exame, inexistem as omissões indicadas nos embargos de declaração; o que há é decisão contrária aos interesses da parte, visto que foi explicitamente afirmado que a Juíza, ao iniciar os questionamentos e formular a maioria das perguntas, assumiu o protagonismo na inquirição de testemunhas, em patente violação ao art. 212 do CPP, sendo presumido o prejuízo sofrido pela defesa (EDcl no HC n. 741.725/RS, Ministro Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, DJe de 27/10/2022).*

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para reconhecer a nulidade do art. 212 do Código de Processo Penal, determinando o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por **Luiz Fernando de Avila Leivas**, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Criminal n. 0071649-88.2018.8.21.7000 (fls. 1.501/1.555):

APELAÇÃO CRIMINAL. ART.1º, II, DO DECRETO-LEI 201/67. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PRELIMINARES AFASTADAS. PROMOTOR NATURAL. ART. 212 DO CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA.

1. O STF, desde o julgamento do HC 67759/RJ vem entendendo que a Constituição não prevê expressamente a existência do princípio do promotor natural, explícita ou implicitamente, embora admita a superveniência de lei para inseri-lo no ordenamento jurídico. É possível a propositura por ações autônomas por parte de Promotores de justiça diversos, um na esfera cível e outro na criminal, pois são independentes, mesmo que os elementos informativos colhidos para a ação criminal tenham sido colhidos na investigação oriunda do inquérito civil que apurava ato de improbidade administrativa. Os elementos extraídos da investigação cível autorizam a formação da *opinio delicti*.

2. Não é inepta a denúncia que oferece elementos suficientes para a defesa do acusado, delimitando sua conduta e a ação reputada criminosa, na esteira do art. 41 do CPP. A descrição da suposta infração apontou mínima e suficientemente os elementos que compunham a acusação, tanto que permitiu ao acusado a ampla defesa, o que se evidencia claramente a partir do material produzido em autodefesa e também por sua defesa técnica.

3. Inquirição iniciada pelo Juiz configura nulidade relativa, dependendo de arguição e demonstração de prejuízo. Precedentes. No caso dos autos, não houve oportuno protesto e tampouco demonstração de prejuízo.

4. A apontada nulidade por indeferimento da juntada dos cheques utilizados para o pagamento, assim como considerado na origem, era irrelevante para a solução do caso. Não houve esclarecimento sobre o objeto da prova e a instrução já estava encerrada. A pretendida juntada dos cheques, mesmo que no prazo do art. 402 do CPP, pouco teria acrescentado, revelando-se, em ditas circunstâncias, se tratar de indevida ação protelatória. Cabia ao apelante, nesse caso, ingressar

com a ação impugnatória ou recurso que entendesse adequado ou, ainda, ter insistido na produção da prova, demonstrando a sua pertinência, conforme entendimento do STJ. Não o fez, silenciando mesmo em memoriais defensivos, o que culmina em preclusão consumativa; desse modo, é contraditório alegar referida mácula, somente com o advento de solução desfavorável.

5. Pratica a infração prevista no art. 12, II, do Decreto-lei 201/67 aquele que desvia recursos públicos em favor de terceiro. No caso dos autos, a ação se dava por meio da contratação direta de diversas obras públicas de reformas em prédios ligados administrados pela Secretaria Municipal de Educação, sob o permissivo do art. 24, I, da Lei 8.666/93. Ocorre, entretanto, que as contratações só se deram porque havia fracionamento do objeto, tanto pela divisão das tarefas a realizar no tempo como pelo uso de interpostas pessoas (laranjas) para maquiar o serviço realizado por pessoa que tinha claras ligações com o então Prefeito Municipal, ora acusado. A negativa do dolo na conduta vem contrariada pelo conjunto de circunstâncias apontadas pelos documentos e prova testemunhal, que narra ser a pessoa que prestava os serviços no pequeno município pessoa que controlava as obras ligadas à Secretaria de Educação, chefiada pela esposa do réu, e também pessoa que tinha ligações políticas com o acusado. O conjunto de elementos permite concluir indubitavelmente pela ciência e adesão do réu a referida conduta, beneficiando terceiro com recursos públicos, de forma indevida.

6. Compete ao juízo da origem definir a pena adequada ao caso, comportando alteração, em grau de recurso, apenas em situações em que a modificação não for arrazoada, proporcional ou contrariar disposição legal ou preceito constitucional. Caso concreto em que a pena comporta redução.

APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

Opostos embargos de declaração (fls. 1.559/1.567), foram desacolhidos (fls. 1.579/1.587).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 619 DO CPP. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E AMBIGUIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. As causas para a oposição de embargos de declaração estão previstas expressamente no art. 619 do CPP, quais sejam, a omissão, obscuridade, contradição e a ambiguidade, o que não se verifica no caso dos autos.

2. A decisão embargada rechaçou expressamente as nulidades invocadas, por suposta inépcia da denúncia e ofensa ao art. 212 do CPP, em razão da ausência do Ministério Público em audiência.

3. Do mesmo modo, aponta ser caracterizadora do desvio de rendas públicas em favor de terceiro a conduta de fracionar as contratações e dispensar o procedimento licitatório ao fim de beneficiar um determinado indivíduo. O prejuízo não se limita ao aspecto econômico, vez que atingida a isonomia, a probidade e a busca da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

4. Por fim, a pretendida rediscussão das vetoriais utilizadas na dosimetria da pena não encontra amparo nos aclaratórios.

No presente recurso especial, o recorrente formula as seguintes teses:

1. Da negativa de prestação jurisdicional e da nulidade do acórdão hostilizado: negativa em abordar os artigos questionados em pré-questionamento, de modo a evitar o recebimento de Recurso Especial. Arts. 617 c/c 381, II, III e IV, 564, III, m, e IV do CPP e 5º, LV, da Constituição Federal (fls.

1.596).

Aduz o recorrente que, *no caso em concreto, quando questionado pela ausência de análise perante os dispositivos legais, o acórdão silenciou, se negando a efetivamente prestar a prestação jurisdicional esclarecendo os pontos, senão vejamos: [...] Um dos pontos destacados fora uma nulidade em face da oitiva de testemunhas de acusação sem a presença do promotor, e com as perguntas sendo formuladas diretamente pelo magistrado (fl. 1.597).*

Destaca que *não há qualquer linha nos acórdãos, seja o principal ou nos aclaratórios, sobre a matéria constitucional e sobre o entendimento do Egrégio STF. Diga-se que, embora neste ponto a ausência de prestação jurisdicional se refira à uma questão constitucional, a ausência de prestação jurisdicional por Tribunal de Justiça Estadual é matéria de nulidade a ser abordada no competente Recurso Especial, como ora fazemos. [...] Entretanto, como destacado pelos embargos, há um questionamento sobre o momento da nulidade. Pois, se for considerada a nulidade como relativa, a mesma ocorre no momento em que gera seus efeitos danosos e não reparados. Ocorre que no caso em concreto o efeito, e portanto a nulidade, ocorreram com a prolação da sentença, incidindo o Art. 571, VII do CPP. Entretanto tal argumento não fora sequer analisado em qualquer dos acórdãos, configurando mais uma vez a ausência de prestação jurisdicional (fls. 1.599/1.600).*

Reforça, ainda, que *outro ponto destacado em Embargos diz respeito à necessária Desqualificação do Tipo, visto que os fatos que embasam o acórdão dizem respeito à alínea XI do Art. 1º do Decreto -Lei 201/67, e não à alínea II como imputado (fl. 1.600).*

Ressalta que, *ao prolatar esta decisão, o mesmo silenciou sobre a readequação fática prevista no art. 383 do CPP devidamente suscitada, e se negou em avaliar e pré-questionar a alínea XI do art. 1º do Decreto-Lei 201/67. Não basta em termo de conceito ele afirmar porque está aplicando um tipo, mas de fato se debruçarem afirmar os motivos para não se aplicar o outro. Para além de dizer que reconhece o crime da alínea II, deveria o magistrado afirmar quais os motivos que o faz não aplicar a alínea XI, se limitando a afirmar "Assim, nada a modificar, quanto a tipificação do delito", configurando no caso a ausência de prestação jurisdicional (fl.*

1.601).

Argui, por fim, que, *todos os questionamentos sobre esclarecimentos pertinentes à dosimetria foram solenemente ignorados pelo acórdão questionado, [...] ao contrário do alegado, o que se discute nos aclaratórios não é o mérito, mas se o alegado no acórdão para majorar a pena base constitui bis in idem frente ao elemento do tipo, e alegada contradição, visto que é afastado por completo qualquer tipo de resultado danoso ao erário, mas mesmo assim é elevada a pena na dosimetria em face da consequência* (fls. 1.601/1.602).

2. NULIDADE DA DENÚNCIA: ausência de indicação do momento e do ato delitivo; ausência de indícios de autoria; cerceamento de defesa. Art. 564, III, a (fl. 1.607).

Expõe que, *no presente ponto fora alegada a ocorrência de nulidade, tendo em vista que o processo se instaurou frente à denúncia que não estabeleceu elementos mínimos sobre a conduta praticada, deixando de cumprir o que estabelece o art. 41 do CPP* (fl. 1.607).

Sustenta que, *mesmo após o acórdão que confirmou a sentença, ainda não fora suprida a lacuna da denúncia no que consistiria a conduta do acusado. Pelo contrário, o acórdão ora recorrido apresenta interpretação errônea deste artigo, considerando que é necessário para tanto apenas elementos gerais, [...] Observa-se que na visão do magistrado não há a necessidade da peça trazer todos os elementos, portanto que a mesma possua uma farta documentação em inquérito, interpretação legal absolutamente inadmissível, pois significa verdadeiro embargo à defesa. Não cabe à defesa ficar procurando nos documentos do inquérito qual seria a conduta a ele atribuída. O lógico tem que ser dito na peça portal, sob o risco de estar-se realizando uma responsabilização objetiva* (fl. 1.608).

Reforça que *o que se tem é uma Denúncia Inepta, que não cumpre com os elementos mínimos do Art.41, e que, em consequência, contaminou todo o procedimento afetando o julgamento final da demanda, motivo pelo qual deve ser reconhecida, ainda que tardia, a nulidade da denúncia, por ter sido recebida em interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, e sobre o caso se destaca o entendimento do STJ* (fl. 1.611).

Aponta que a interpretação dada pelo Tribunal Superior, que exige a demonstração na peça sobre todas as circunstâncias, é diametralmente oposta à posição manejada no Acórdão, que reconhece como suprida a inépcia da inicial pelos documentos que acompanham a denúncia. [...] Trata-se de claro descompasso entre a decisão ora recorrida e o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual deve ser acolhida a nulidade suscitada, presente no Art. 564, III, A do CPP, visto que efetivamente não há elementos mínimos na peça portal para o presente processo, contaminando toda a persecução criminal, e que o afastamento da inépcia pelo tribunal a quo fora proferido contra a interpretação dos tribunais superiores (fl. 1.613).

3. NULIDADE NA FASE PROCESSUAL: Nulidade em depoimento de testemunhas: ausência de representante ministerial em audiência para oitiva de testemunha de acusação. Formulação de perguntas diretamente pelo Magistrado em desobediência ao Art. 212 do CPP - Inadmissibilidade do Juiz Inquisitor no Sistema Penal Brasileiro. Pré-questionamento dos arts. 212, 564, III, d, e IV, 571, VII, do CPP, e 5º, XXXVII e LV, da Constituição Federal (fl. 1.613).

É disposto que a fase probatória se iniciou com grave e irreparável nulidade. Na primeira audiência realizada, conforme ata de fl. 829, em que pese a mesma ser constituída para a oitiva das testemunhas de acusação e de defesa, não foi observada na solenidade a presença do Representante Ministerial. [...] Desta ausência, todos os questionamentos inquisitórios das testemunhas de acusação, com vistas a produzir as provas de acusação, foram proferidos pelo Magistrado condutor, ato que contamina por completo as declarações ali prestadas e invalida por completo o ato, em mácula evidente ao art. 212 do CPP e à interpretação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Constituição Federal (fls. 1.613/1.614).

Ressalta que se mostra absolutamente inadmissível que sejam tomados como provas os depoimentos produzidos pelo próprio juiz. Ainda poderia se relativizar a nulidade caso houvesse alteração entre o magistrado que efetivou o interrogatório e aquele que proferiu a sentença, entretanto todos os atos daquela comarca foram proferidos pelo Dr. Fernando Carneiro da Rosa Aranalde, sendo clara a confusão entre o acusador e o julgador. [...] Deve se destacar que esses depoimentos, colhidos no dia 20.08.2013, foram essenciais para a compreensão do magistrado, inclusive sendo

amplamente reproduzidos como citação da sentença, configurando, aí o prejuízo à parte. Das 42 páginas da sentença condenatória, cerca de 19 páginas completas são apenas de transcrição dos depoimentos questionados diretamente pelo juiz a Maicon (fls. 1156 a 1158), Arlete (fls.1161 a 1162), Eva (fls. 1162 a 1163), Alex (fls. 1164v a 1166), Mario (fls. 1167v a 1168) e Roberto (1166 a 1167v). [...] Considerando as quatro páginas de relatório e dispositivo, mais da metade dos argumentos da sentença são transcrições do interrogatório tomado diretamente pelo juiz inquisitor, sendo clara a interferência do ato no processo, na sentença condenatória, e o prejuízo conseqüente à parte. Simplesmente a sentença não existe sem esses depoimentos colhidos ao arrepio da lei!!! [...] Toda essa argumentação aparenta ser muito clara, entretanto, ao arrepio da citada jurisprudência que cita a nulidade absoluta do depoimento, o Acórdão ora recorrido relativiza a questão, buscando sustentar a negativa em uma suposta demora na alegação pela defesa (fls. 1.615/1.616).

Sustenta que toda a argumentação do acórdão é no sentido de intempestividade do questionamento, entretanto, esses argumentos não podem ser aceitos pois vão em sentido contrário ao entendimento do STF, e desconsideram o art.571, VII do CPP e o Art. 5º, XXXVII e LV, da Constituição Federal, todos questionados em Embargos mas sob os quais o Tribunal de Justiça se calou, como destacado na Preliminar (fl. 1.617).

4. DA ATIPICIDADE DA CONDUTA - Da situação fática incidente da ausência de elementos essenciais ao tipo: dolo e prejuízo ao erário. Pré-questionamento dos arts. 1º, II e XI, do Decreto-Lei n. 201/67 e 383 CPP (fl. 1.619).

a) Dos fatos reconhecidos no presente processo completamente avessos ao tipo imputado (fl. 1.619):

Diz o recorrente que se trata de uma Cidade pobre, de pouca população e diversas demandas, dentre elas, as demandas da educação. Com a pouca verba, o poder público não podia atender todas as necessidades, assumindo apenas os gastos emergenciais. Neste sentido que emergem as obras realizadas. Diz-se realizadas pois absolutamente ninguém, nenhuma das 16 (DEZESSEIS) testemunhas sequer colocou em suspeita a execução da obra. Não há qualquer indício de que em algum momento alguma das obras não foi realizada. [...] Tratavam de obras excepcionais, realizadas a

expensas do dinheiro público em prédios públicos da Secretaria de Educação, e quanto a isso também não ressalta qualquer prova ou mesmo informação no processo. [...] As Escolas Municipais de Ensino Fundamental Ana Tereza da Rosa, Passo do Machado e São João Batista são todas escolas polo da zona rural do município e foram afetadas por uma enxurrada ocorrida no Município no ano de 2009. Todas apresentavam problemas pequenos, mas cujo conserto era extremamente necessário para o mínimo de estrutura para realização das aulas. [...] Em alguns casos, por serem prédios antigos, foram aparecendo novos problemas à medida que aconteciam os reparos. Ou seja, não houve o alegado "fracionamento ilegal das obras" e também não há qualquer prova disso. Além do mais, as obras eram emergenciais, uma vez que era extremamente necessário tornar o ambiente propício à recepção dos alunos para o ano letivo, que se aproximava. [...] Quanto a este ponto, o Acórdão é claro em destacar que: "Não se perquire de possível superfaturamento e/ou da qualidade dessas obras" (fl.13 do acórdão), "a partir disso fica claro - assim como a necessidade das obras" (fl. 25 do acórdão) e "embora não haja indicação de superfaturamento" (fl. 48 do acórdão). Tais destaques, que apenas se evidenciam se analisados no contexto do acórdão, trazem um elemento claro no acórdão: INEXISTE QUALQUER TIPO DE PREJUÍZO NO CASO EM CONCRETO, fato esse que denota a ausência de elemento essencial do tipo, (fls. 1.619/1.620).

Destaca que o fato em debate, conforme interpretou as provas o tribunal a quo, é se deveria ou não terem sido as obras precedidas de licitação. Em nenhum momento se analisa qualquer tipo de "utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos" como preconiza o tipo imputado. [...] Em nenhum momento no processo há qualquer elemento que diz respeito à utilização do bem ou renda para outro fim que não a obra em si. Nem o objeto da obra é questionado no presente processo! [...] Definitivamente não estamos diante do Peculato de Uso que sugere o art. 1º, II do Decreto Lei 201/67. Os fatos trazidos pelo acórdão não possuem qualquer materialidade com o tipo atribuído, não havendo de se falar de sua ocorrência. Não se fala de qualquer forma de reanalisar as provas colhidas, mas o entendimento do Acórdão sobre os fatos não autoriza o tipo pretendido (fl. 1.621).

b) Da ausência de prejuízo ao erário - atipicidade da conduta. Pré-questionamento dos arts. 1º, II e XI, do Decreto-lei n. 201/67 e 383 CPP (fl. 1.622).

Argumenta que o acórdão é claro em destacar que: "Não se perquire de possível superfaturamento e/ou da qualidade dessas obras" (fl.13 do acórdão), "a partir disso fica claro - assim como a necessidade das obras" (fl. 25 do acórdão) e "embora não haja indicação de superfaturamento" (fl. 48 do acórdão). Ocorre que o prejuízo ao erário é elementar essencial quando se fala de "utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos" como preceitua o tipo imputado do Art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/67 (fl. 1.622).

Assevera que a simples realização de serviços sem concorrência, por meio do dito fracionamento sem que gere prejuízo ao erário diz respeito ao tipo do Art. 1º, XI, do Decreto Lei 201/67, e não à tipificação proposta, necessitando atribuir a definição jurídica diversa na forma do Art. 383 do CPP. [...] Desta forma, em que pese o tipo proposto na denúncia, deveria o juiz e o Tribunal recorridos terem feita a competente adequação do tipo, visto a ausência de prejuízo ao erário, restando não cumprido o ditame do art. 383, caput, de modo a atribuir o tipo do inciso XI do Art. 1º do Decreto - Lei 201/67 (fls. 1.623/1.624).

c) Da situação fática incidente no caso - da ausência de provas da participação do acusado - ausência de conduta - ausência de dolo necessário ao tipo do art. 1º, II, do Decreto-lei n. 201/67 (fl. 1.624).

Aponta o recorrente que a denúncia trazia de maneira genérica a suposta participação do Réu na dita conduta criminosa. Passada a sentença, essa lacuna não fora sanada, ao ponto que não é possível extrair do despacho condenatório quais atos o mesmo praticou para ser condenado da maneira indicada. A individualização das condutas ditas por irregulares atribuídas aos demandados é requisito essencial para possibilitar que o sentenciamento do réu, o que não se observa no caso em concreto. [...] Analisando a peça apresentada, tudo que se identifica é a indicação de que, enquanto o acusado figurava na condição de prefeito, o ente público contratou, por meio de dispensa de licitação, alguns serviços. Entretanto, como se destaca do depoimento dos funcionários do Município, todo o procedimento de dispensa de licitação fora realizado pela Secretaria de Educação do Município, de maneira autônoma e sem a participação do gestor. [...] Tanto o é que os funcionários da Secretaria de Educação e do departamento de compras já tiveram sua responsabilidade reconhecida no processo 117/2.13.0000063-1 sobre o mesmo objeto

*da presente lide, não cabendo uma responsabilidade genérica do prefeito como se pretende até o momento. [...] Não há qualquer elemento nos autos que demonstre ter o Apelante originado qualquer ato no processo em tela. De fato, atribuído ao Prefeito, só temos o fato de ser prefeito ao tempo dos fatos. Nenhum papel com sua assinatura, de nenhuma natureza fora juntado aos autos. [...] Conforme ficou bem demonstrado anteriormente, não há qualquer irregularidade no procedimento de dispensa realizado. Entretanto, pelo bem do debate e, com fins a afastar por completo a responsabilidade ainda que subjetiva do réu, consideraremos que tenha havido uma hipotética fraude no procedimento de pagamento das obras, com a utilização de laranjas para receberem. [...] Como é de amplo conhecimento, as fraudes em licitação quase sempre são realizadas em sua fase interna, nos procedimentos preparatórios e nas liquidações dos serviços. No caso em concreto, mesmo em se considerando a existência de alguma irregularidade, por abstração, a mesma teria ocorrido na busca pelo melhor preço para a execução dos serviços, ou mesmo pelo não atendimento integral do que fora solicitado em razão de uma especificidade própria e específica do objeto contratado. [...] Ora, não estamos diante de um elemento visível, destacadamente de irregularidades perceptíveis, pelo contrário, tratar-se-iam de pequenas alterações de extrema especialidade e completamente invisíveis à grande maioria das pessoas, ou a totalidade dos que não possuem conhecimento técnico de obras. Assim, não é exigível que um prefeito, qualquer prefeito, observe questões técnicas de extrema especialidade, tais como qualidade do material empregado e garantias técnicas da mesma, não representando a identificação de qualquer incorreção como uma necessária participação do demandado. [...] Deveria a sentença efetivamente se referenciar em provas de que o Prefeito interferiu de qualquer forma para a escolha da empresa que fora contratada. Trata-se da exigência de comprovação *ipsis litteris* da conduta conflitante com a proibição esculpida na legislação, com vistas a atingir um objeto criminoso, o que não se desincumbiu a acusação (fls. 1.624/1.625).*

Ressalta que o único ato atribuído ao Réu, ser prefeito, não autoriza qualquer interpretação de uma conduta dolosa do agente. Assim, não há qualquer participação direta do Prefeito nas questões apresentadas, motivo esse que, desde já, motiva a reforma da sentença prolatada, pois, como afirmado pelos próprios servidores, todos os procedimentos eram realizados pela Secretaria de Educação e pelo Setor de Compras (fl. 1.626).

Reforça sua tese, dizendo que, em sede de Embargos de Declaração à Sentença, fora questionado especificamente sobre descrição objetiva da conduta do agente. Entretanto, em sua resposta, o juiz confirmou que não há essa conduta, reescrevendo uma conduta genérica como sendo a praticada pelo sentenciado (fl. 1.630).

5. Da dosimetria da pena - Arts. 59, 65, II e III, e 68 do CP e 5º, LVI, da CF (fl. 1.631).

a) Culpabilidade.

Expõe que deixou o Desembargador de analisar os argumentos frente à Culpabilidade, sendo reconhecida a mesma como vetor negativo tendo em vista fatos que não são pertinentes à culpabilidade. [...] Diga-se que em poucas palavras V. Excelência reafirma por "correta a reprovabilidade além da ordinária", entretanto, deixa de observar que aquilo utilizado para elevar a culpabilidade "envolvimento de interpostas pessoas" é exatamente a ação própria do tipo sentenciado. Destaca-se ainda que, a referência ao envolvimento de outras três pessoas na conduta não é um elemento da culpabilidade, mas de outros campos da dosimetria. [...] Ora, entendeu o I. julgador que a prática do crime mostrou-se tal como a prática comum do tipo. Quando se imputa o tipo do Peculato de Uso, necessariamente se realiza o mesmo para ser gerado algum benefício, seu ou de outrem, pois assim está transcrito no texto legal. [...] Não há a possibilidade de ser aumentada a pena base em razão de o apenado ter cometido o crime com o objetivo transcrito no próprio tipo penal. Estar-se-ia a considerar duas vezes o mesmo fator, para o reconhecimento do tipo, e para aumento da pena, ocorrendo bis in idem vedado pela legislação pátria. [...] Neste momento se analisa um segundo escopo da culpabilidade, destacando se a mesma possui algum elemento que afaste a fixação de Pena Base no mínimo legal, o que não há no caso em concreto. Destaca-se que a fixação da Pena Base no mínimo legal é o que se impõe, sendo o acréscimo imposto na sentença absolutamente impróprio (fl. 1.632).

b) Da consequência.

Explica que se inexistem superfaturamento ou qualquer prejuízo declarado ao município, como pode ser negativamente a consequência? Nas razões recursais foram expostos com clareza a posição da doutrina majoritária, no sentido de que pode ser

furtado um parafuso de uma ponte fazendo-a desmoronar, caso em que o valor furtado será ínfimo, mas a conseqüência gravíssima, ou ser furtado milhões de um banco, que as conseqüências vão ser normais ao tipo, motivo pelo qual a conseqüência não possui relação direta com o montante do delito. [...] Ademais, perto do orçamento do Município, o valor apurado não atinge sequer hum décimo de por cento, sendo ínfimo e não tendo o condão de majorara pena em razão das conseqüências. [...] Assim, não há motivos para o afastamento do mínimo na fixação da pena base para o caso em concreto (fls. 1.634/1.635).

c) Atenuantes necessárias.

Argui que o agente, se for reconhecido que cometeu algum crime, essa interpretação não pode vir com a interpretação de pleno conhecimento das normas, motivo que necessariamente deverá constar como atenuante, nos termos do Art. 65. II do Código Penal, de modo a rebaixar a pena do mínimo legal. [...] Ainda, há de se destacar que, se reconhecido o crime, o mesmo fora realizado de modo a garantir serviço público de educação, e a ampliação das vagas nas escolas do município, que demonstra motivo de relevante valor social, nos termos do Art. 65, III, a, do Código Penal. [...] Visto isso, à pena base devem necessariamente ser aplicadas 2 (duas) atenuantes que importam em necessária redução da pena presente na sentença abaixo do mínimo legal (fl. 1.635).

Ao final da peça processual, a defesa REQUER o conhecimento do presente Recurso Especial e o PROVIMENTO do apelo nobre, de modo que seja reformada a decisão estadual nos termos da fundamentação supra, com o reconhecimento das nulidades, e a absolvição do recorrente por atipicidade e ausência de comprovação dos elementos essenciais ao tipo, bem como seja aplicada a correta interpretação da dosimetria da pena (fls. 1.635/1.636).

Oferecidas contrarrazões pela inadmissão ou desprovimento do recurso (fls. 1.643/1.651):

RECURSO ESPECIAL CRIMINAL. ARTIGO 1º, INCISO II, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. RECURSO DEFICIENTE. DECISÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SUPERIOR. REEXAME DE PROVAS.

1. Ausência de cotejo analítico entre o caso dos autos e das arestas paradigmáticas, com vistas à demonstração do anunciado dissídio jurisprudencial, e a alegação de ofensa a princípios de índole constitucional constituem deficiências recursais a inviabilizar a efetiva compreensão da controvérsia. Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. Entendimento esposado no acórdão fustigado encontra-se em consonância com orientação consolidada no Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 83 do Superior Tribunal de Justiça.

3. A reforma do julgado, nos moldes do pleiteado no reclamo, demanda a revisão dos elementos fático-probatórios presentes nos autos, providência vedada na via do recurso especial. Súmula n.º 07 da Corte Superior.

4. Acaso admitido, não traz o recurso elementos aptos a infirmar as conclusões do acórdão recorrido, tampouco os fundamentos em que ele se assentou.

INADMISSÃO e, no mérito, DESPROVIMENTO.

O recurso especial foi admitido na origem (fls. 1.653/1.664).

RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. DOSIMETRIA DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. RECURSO ADMITIDO.

O Ministério Público Federal opina pelo parcial conhecimento do recurso especial e, nessa extensão, pelo seu desprovimento (fls. 1.678/1.685):

RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 157, § 2º, INCISO I DO CÓDIGO PENAL. ROUBO MAJORADO. ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. PENA-BASE. DOSIMETRIA ADEQUADAMENTE FIXADA. INCIDÊNCIA DE ATENUANTE. MATÉRIA CARENTE DE PREQUESTIONAMENTO. QUESTÃO NÃO EXAMINADA PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO, E, NESSA MEDIDA, SEU DESPROVIMENTO.

É o relatório.

VOTO

1. Da negativa de prestação jurisdicional e da nulidade do acórdão hostilizado: Negativa em abordar os artigos questionados em pré-questionamento, de modo a evitar a recebimento de Recurso Especial. Arts. 617 c/c 381, II, III e IV, 564, III, m e IV, do CPP e 5º, LV, da Constituição Federal (fls. 1.596).

Para elucidação do quanto requerido, extraem-se do acórdão dos embargos de declaração os seguintes fundamentos (fls. 1.581/1.587 – grifo nosso).

[...]

Não há o que reparar.

Os pontos indicados no pedido de fls. 1273/1276 foram satisfatoriamente avaliados na decisão embargada, em especial as nulidades referidas nas fls.1273/1274. Tanto a alegada nulidade por inépcia da denúncia como de nulidade por ofensa ao disposto no art. 212 do CPP e ausência do Ministério Público por ocasião da audiência de instrução foram expressamente rechaçadas na decisão (fls. 1247/1249).

Por outro lado, no que diz respeito à atipicidade da conduta por ausência de prejuízo ao Erário, há que se tecer alguns registros.

No caso dos autos, o embargante foi condenado pela prática do delito previsto no art.1º, inciso II, do Decreto-lei 201/67, por ter fracionado a despesa a fim de burlar o limite exigido para a realização de licitação e com isso favorecer Luis Eduardo Nunes Pinto Lemos.

Não desconheço a jurisprudência dos Tribunais Superiores e a desta Câmara que fazem referência ao "prejuízo aos cofres públicos" na avaliação do tipo em comento (ou correlatos, como no art. 1º, I, do DL201/67), a se incluir a exigência da sua demonstração.

Penso, contudo, que as mesmas razões que estão levando a uma mudança de entendimento acerca da exigência de comprovação do prejuízo econômico para a caracterização do delito do art. 89 da Lei 8.666/93, merecem ser aqui consideradas. **O prejuízo econômico ao Erário seria o valor pago a maior do que aquele que seria dispendido caso não tivesse havido o fracionamento de despesa que burlou a necessidade de licitação ou o apontado favorecimento; em última análise, a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, na esteira do art. 3º da Lei 8.666/93.**

A comprovação do prejuízo econômico por superfaturamento (ou sobrepreço) não é necessária para a caracterização da infração imputada, pois a ação envolve prejuízo a outros bens jurídicos protegidos, a exemplo da isonomia, da probidade e a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Destacou a decisão, no ponto, que "*O que se discute, no presente, é se, com o intuito de desviar verbas públicas em favor de terceiro - Luís Eduardo Nunes Pinto Lemos -, procedeu ao fracionamento ilegal de obras, a permitir a contratação direta permitida pelo art. 24, I, da Lei de Licitações.*" (fl. 1250).

Trata-se, *mutatis mutandis*, do que entende o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal a respeito de regramento análogo previsto na Lei de Licitações (ao qual, inclusive, respondeu o beneficiado com o procedimento denunciado, como adiante registrado). **No caso dos autos, o acórdão embargado faz referência ao prejuízo causado pelo direcionamento das contratações e por consequência a utilização indevida de rendas públicas em favor de terceiro.**

[...]

Já aí se afasta de toda a alegação trazida nos embargos.

Entretanto, **há ainda que se considerar que Luís Eduardo (o beneficiado com o procedimento irregular), foi processado e condenado na apelação nº 70076601046 - acusado da prática do crime do art. 89 da Lei 8.666/93 e art. 328 do CP - em decisão assim ementada:**

Ementa: APELAÇÃO -CRIME. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORADAS HIPÓTESES LÉGAIS. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/93 Reconstituição probatória suficiente para juízo de condenação. Comprovado que o acusado concorreu para a ilegalidade, bem como beneficiou-se da dispensa do procedimento licitatório para celebrar contrato com o poder público, tendo em vista que se utilizava de várias empresas de "fachada" para ocultar o fato de que era o único concorrente e contratado para os serviços. Condenação mantida. Pena alterada. Apelo de L. E. N. P. L. parcialmente provido. Apelação de J. M. S. não conhecida por ausência de interesse recursal, porquanto foi declarada extinta a punibilidade dos fatos que lhe foram imputados. A prescrição é matéria de ordem pública, que supera toda e qualquer arguição ou pretensão das partes. Assim, ainda que a defesa peça a absolvição do réu, descabe o exame de mérito do apelo. Apelo não conhecido. Unânime. (Apelação Crime, Nº70076601046, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em: 16-05-2019).

Tanto no presente processo como no acima ementado, narra-se a prática dos mesmos fatos; neste, a imputar ao ex-prefeito a prática da infração prevista no Decreto-lei 201/67, ao passo que naquele (70076601046), a prática dos crimes dos art. 89 da Lei 8.666/93 e outros crimes por Luís Eduardo e outros integrantes da Administração Pública local. Destaco, a propósito, que é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a ausência de relação consuntiva entre as condutas. Observa-se, assim, que,

apesar de a denúncia naquele fato apontar claramente para a participação do embargante (conforme trecho destacado abaixo), ao não ser denunciado também pela prática do crime contra a Lei de Licitações, ele foi beneficiado:

[...]

As dispensas ilegais de licitações ocorreram porque o então Prefeito LUIZ FERNANDO DE ÁVILA LEIVAS fracionava ilegalmente as obras, possibilitando que cada parcela dos serviços ficasse com valor abaixo do limite previsto no art. 24, inc. I, da Lei 8.666/93, embora se referissem a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que poderiam e deveriam ser realizadas conjunta e concomitantemente (fls. 69/133, 134/184, 188/258, da cópia do incluso inquérito Civil).

A partir disso, o então Prefeito Municipal, com o auxílio da sua companheira BERNADETE MOURA PAZ, que também era Secretária Municipal de Educação e Cultura do Município à época, após dispensar as licitações acima mencionadas, contratou o denunciado LUIS EDUARDO NUNES PINTO LEMOS, pagando pelas obras, realizadas ou não, de boa ou má qualidade.

Tais fatos foram devidamente apurados em CPI Municipal, o que acabou gerando o Inquérito Civil nº 00827.00010/2011, onde se verificou que o denunciado LUIS EDUARDO NUNES PINTO LEMOS mantinha uma rede de empresas "laranjas" utilizadas para, de forma aparentemente legal, celebrar contratos com a Prefeitura Municipal para a realização de obras públicas de construção civil. Com isso, o acusado LUIS EDUARDO NUNES PINTO LEMOS era o único empreiteiro que realizava as obras e recebia os pagamentos do Município.

O "esquema" ocorria da seguinte forma: em alguns casos (nem todos), o réu LUIS EDUARDO obtinha procurações dos responsáveis pelas empresas "laranjas" para representá-los perante a Administração Municipal.

De posse dos supostos "mandatos procuratórios", e sabendo da realização das obras, LUIS EDUARDO emitia (às vezes, nem sempre) orçamentos em nome das empresas "laranjas"; ora beneficiando uma, ora beneficiando outras. Desta forma, sempre uma das empresas que ele representava seria escolhida para realizar a obra para o Município.

[...]

Diante disso, para além dos argumentos antes expendidos, seria mais absurda a situação de o particular ver-se condenado e o Prefeito, autor dos mesmos fatos pelo lado da administração pública, lograr-se absolvido, pela necessidade de um prejuízo econômico. É mais um argumento, portanto, a afastar a exigência da sua comprovação. Tais razões, como antes sustentado, fazem com que a decisão seja mantida.

Assim, nada a modificar, quanto a tipificação do delito.

Por fim, a discussão atinente à dosimetria da pena revela contrariedade ao mérito do julgado, não atacável por meio dos presentes embargos. A pretendida reavaliação das vetoriais do artigo 59 do CP-isto é, se adequadas - não encontra amparo, no caso concreto, no disposto no art. 619 do CPP.

Pelo exposto, desacolho os embargos.

[...]

O recorrente aponta que o acórdão dos embargos de declaração foi deficiente quanto ao não cotejo das alegações de vícios relativos às teses de nulidade decorrentes da oitiva de testemunhas sem a presença do órgão acusatório, de desqualificação do delito perpetrado pelo embargante, além de máculas na dosimetria da pena.

Contudo, tenho que não prospera o presente argumento de prestação

jurisdicional deficiente, porquanto as controvérsias suscitadas pelo embargante foram analisadas pela instância ordinária, em que pese o seu descontentamento com o resultado do julgado.

Com efeito, a teor da jurisprudência desta Corte Superior, os *embargos declaratórios não se prestam para forçar o ingresso na instância extraordinária se não houver omissão a ser suprida no acórdão, nem fica o juiz obrigado a responder a todas as alegações das partes quando já encontrou motivo suficiente para fundar a decisão* (AgRg no Ag n. 372.041/SC, Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 4/2/2002), *de forma que não há falar em negativa de prestação jurisdicional apenas porque o Tribunal local não acatou a pretensão deduzida pela parte* (AgRg no REsp n. 1.220.895/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 10/9/2013).

2. NULIDADE DA DENÚNCIA: Ausência de indicação do momento e do ato delitivo; ausência de indícios de autoria; cerceamento de defesa. Art. 564, III, a (fl. 1.607).

Consta da exordial acusatória que, *em data não especificada nos autos, mas certamente entre fevereiro de 2010 e outubro de 2011, o denunciado LUIZ FERNANDO DE ÁVILA LEIVAS, na condição de Prefeito Municipal de Pinheiro Machado, realizou serviços e obras de construção civil no Município, sem concorrência ou coleta de preços, embora se tratando de casos em que a licitação era exigida por lei (fls. 69 e 164 e tabelas das fls. 555/556 dos autos do IC 00827.00010/2011). [...] As obras em questão foram realizadas em prédios públicos ligados à Secretaria Municipal de Educação e Cultura do Município, tais como EMEF Ana Tereza da Rosa, EMEF Passo do Machado, EMEF São João Batista, EMEI Pinheirinho e Prédio da antiga rodoviária (atual Campus da UFPel). [...] A prática ilícita consistiu no fracionamento ilegal das obras, possibilitando que cada parcela dos serviços ficasse com valor abaixo do limite previsto no art. 24, inc. I, da Lei 8.666/93, embora se referissem a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local, que poderiam ser e efetivamente foram realizadas conjunta e concomitantemente. [...] Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o denunciado LUIZ FERNANDO DE ÁVILA LEIVAS, na condição de Prefeito Municipal de Pinheiro Machado, utilizou-se indevidamente, em proveito alheio, de bens e serviços públicos do Município para beneficiar diretamente LUÍS EDUARDO NUNES PINTO LEMOS. [...]*

Por ocasião dos fatos, o denunciado LUIZ FERNANDO DE ÁVILA LEIVAS, com o auxílio de sua companheira BERNADETE MOURA PAZ, que também era a Secretária Municipal de Educação e Cultura do Município à época, após dispensar ilegalmente as licitações acima mencionadas, contratou LUIS EDUARDO, pagando diretamente pelas obras realizados ou não, de boa ou má qualidade. [...] Tais fatos foram devidamente apuradas em CPI Municipal, que acabou por se tornar o IC Ministerial 00827.00010/2011. Tal investigação deu origem à distribuição de ação de responsabilidade por atos de improbidade administrativa. [...] Todas as obras eram de ampliação ou reforma. Não há notícia de obra emergencial. Portanto todas as obras eram previsíveis. [...] Com relação a ampliação da Escola Pinheirinho, teve de ser destruída em razão de perigo de ruína, após a ampliação (documentos das fls. 552/554) (fls. 2/3).

Quanto ao referido tema, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dispôs que a alegação de inépcia, por suposta imprecisão da data e descrição dos fatos praticados, não vinga. ***A inicial acusatória atende satisfatoriamente - mais ainda porque amparada em vastos elementos extraídos da investigação, aos quais o acusado teve acesso - ao conteúdo do art. 41 do CPP. A conduta remanescente, apontada no 2º fato da inicial acusatória, aponta que o acusado, entre fevereiro de 2010 e outubro de 2011, utilizou-se indevidamente, em proveito alheio, de bens e serviços do Município de Pinheiro Machado para beneficiar terceiro, quem seja, Luís Eduardo Nunes Pinto Lemos. Destaca, ainda, a participação de Bernadete Paz, Secretária Municipal e também companheira do suposto beneficiado, violando-se as regras insculpidas na Lei de Licitações. A descrição da suposta infração apontou mínima e suficientemente os elementos que compunham a acusação, tanto que permitiu ao acusado a ampla defesa, o que se evidencia claramente a partir do material produzido em autodefesa e também por sua defesa técnica. Em suma, sabia do que estava sendo acusado*** (fls. 1.513/1.514 – grifo nosso).

Pela leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se que o Tribunal *a quo*, a partir da análise de elementos de cunho fático-probatório, definiu como presente a demonstração da tipicidade entre as condutas imputadas e o quanto disposto na denúncia, demonstrando, assim, a presença de justa causa para a ação penal.

Não há falar em inépcia da denúncia, bem como cerceamento de defesa, por conta da imprecisão das datas dos atos delitivos.

De mais a mais, entendo que, para rever a conclusão da Corte de origem, na forma pretendida na presente insurgência, há necessidade de reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

A corroborar:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISO I, DA LEI 8.137/90. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 381 E 387 DO CPP. AUSÊNCIA. DECISÃO RECORRIDA COM SUFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO. **INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REQUISITOS PREENCHIDOS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.** ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 157, *CAPUT* E § 1º, DO CPP. SIGILO FISCAL. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE REQUISIÇÃO DIRETA PELA AUTORIDADE FISCAL. ART. 155. PROVAS DA MATERIALIDADE DELITIVA, DOLO E FRAUDE. SÚMULA 7/STJ. DESCONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOVAÇÃO RECURSAL. DOSIMETRIA. ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO. INCIDÊNCIA. PENA REDIMENSIONADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

I - Embora de forma diversa da pretendida pelo recorrente, a decisão agravada, bem como o v. acórdão do eg. Tribunal de origem, analisou as teses impugnadas, o que impede a admissão do apelo excepcional com base na infringência ao art. 619 do Código de Processo Penal, consoante vem asseverando a iterativa jurisprudência desta Corte Superior.

II - No que toca à suposta ofensa ao art. 381 e 387, do CPP, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que o órgão judicial, para expressar sua convicção, não está obrigado a aduzir comentários a respeito de todos os argumentos levantados pelas partes, quando decidir a causa com fundamentos capazes de sustentar sua conclusão.

III - Se a denúncia descreve a conduta do acusado que pode se amoldar ao delito imputado, de forma que torna plausível a imputação e possibilita o exercício da ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes e sob o crivo do contraditório, não há falar em violação ao disposto no art. 41 do CPP

IV - O exame das alegações de inépcia da inicial acusatória por ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade do delito ou, ainda, que não existem provas do dolo e da fraude para desconstituir o entendimento das instâncias ordinárias, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada da via recursal eleita, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte.

V - Não há violação ao art. 157 do CPP quando o entendimento esposado pelo eg. Tribunal a quo está em consonância com a orientação desta Turma e do col. Supremo Tribunal Federal, firmada no sentido de que é possível a requisição de informações bancárias pela autoridade fiscal sem a necessidade de prévia autorização judicial, quando houver procedimento administrativo-fiscal regularmente instaurado, a teor dos artigos 5º, § 4º, e 6º, da Lei Complementar 105/2001.

VI - Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, não incorre em nulidade a sentença condenatória por crime de sonegação fiscal que se funda exclusivamente em robusta documentação colhida durante o Inquérito, oriunda de procedimento

administrativo-fiscal, se foi disponibilizada às partes, durante a instrução criminal, para exercerem o contraditório diferido, ou postergado, e a ampla defesa.

VII - A eventual ausência de adequado debate processual a respeito da desconstituição do crédito tributário, ainda que determinada por órgão judicial de competência diversa da criminal, não merece apreciação, uma vez que, na linha da pacífica orientação jurisprudencial desta Corte, mostra-se inadmissível a apreciação, em sede de agravo regimental, de teses não aventadas nas razões do recurso especial.

VIII - Realizado exame da dosimetria da pena, a decisão recorrida modificou parcialmente a reprimenda estabelecida pelo eg. Tribunal de origem, com utilização de fundamentação sucinta, que não se confunde com ausência de motivação.

IX - No presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no REsp n. 1.515.946/PR, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 14/9/2018 – grifo nosso).

3. NULIDADE NA FASE PROCESSUAL: Nulidade em depoimento de testemunhas: ausência de representante ministerial em audiência para oitiva de testemunha de acusação. Formulação de perguntas diretamente pelo Magistrado em desobediência ao Art. 212 do CPP - Inadmissibilidade do Juiz Inquisitor no Sistema Penal Brasileiro. Pré-Questionamento dos arts. 212, 564, III, d, e IV, 571, VII, do CPP e 5º, XXXVII e LV, da Constituição Federal (fl. 1.613).

Quanto ao tema proposto, extrai-se do voto condutor do guerdado acórdão o seguinte trecho (fls. 1.514/1.515 – grifo nosso):

[...]

A defesa alega, ainda, violação ao disposto no art. 212 do CPP, em razão da inversão na ordem dos questionamentos. Teria ocorrido, assim, violação ao sistema acusatório e ao devido processo legal. Sem razão.

Não houve oportuno protesto e demonstração de prejuízo (*pas de nullité sans grief* -art. 563 do CPP). **A manifestação de inconformidade com a inversão não ocorreu por ocasião das solenidades e tampouco quando do oferecimento de memoriais, a denotar, claramente, que inexistiu prova do prejuízo concreto.** Mesmo nas razões do presente recurso, o recorrente teve dificuldade em apontá-lo, limitando-se à referência da inobservância da ordem, que se trata, ao fim e ao cabo, de questão formal, superada.

Como reforço de argumentação, indico precedentes de minha Relatoria, a exemplo da Apelação n. 70060218054, que está na linha tanto do entendimento maciço desse TJRS e do STJ, consignando, esse último, que "Eventual inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa, sendo necessário para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo, o que não ocorreu, uma vez que, presente em audiência, o causídico não suscitou o vício no decorrer das oitivas, tampouco nas alegações finais, não logrando demonstrar qual o prejuízo causado ao réu." A solução se mantém, mesmo que o órgão acusatório não se faça presente na audiência de oitiva de testemunhas por ele arroladas.

Assim, referida nulidade vai afastada.

[...]

Diante do quanto apresentado, impõe-se o reconhecimento da nulidade.

De início, o fato de o Ministério Público não ter comparecido à audiência de instrução não dá à autoridade judicial a liberdade de assumir a função precípua do *Parquet*.

Em face da repreensível ausência do *Parquet*, que, sem qualquer justifica, acarretou a contaminação do bom andamento do processo, o órgão julgador deveria prosseguir a audiência sem as perguntas acusatórias ou, então, suspender a audiência e marcar uma nova data.

Com efeito, *no caso concreto, [...] agiu em substituição à produção probatória que compete às partes, inquirindo diretamente os depoentes, violando o devido processo legal e o sistema acusatório. [...] Assim, deve ser reconhecida a nulidade da colheita probatória realizada em desacordo com o art. 212 do Código de Processo Penal, bem como devem ser desentranhados e renovados os atos processuais contaminados, notadamente os interrogatórios dos Réus, meio de defesa realizado ao final da instrução, e as alegações finais, que foram produzidas consoante os elementos probatórios então constantes nos autos [...]* (AgRg no HC n. 708.908/RS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 3/10/2022 – grifo nosso).

Ademais, resta evidenciado o prejuízo, pois a sentença considerou fundamentos extraídos da referida audiência ao lastrear o édito condenatório.

A propósito:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÕES DE OMISSÃO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 619 DO CPP. NULIDADE POR OFENSA AO ART. 212 DO CPP. OCORRÊNCIA. PREJUÍZO PRESUMIDO. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DO *DECISUM*. INVIABILIDADE.

1. Na hipótese em exame, inexistem as omissões indicadas nos embargos de declaração; o que há é decisão contrária aos interesses da parte, visto que foi explicitamente afirmado que a Juíza, ao iniciar os questionamentos e formular a maioria das perguntas, assumiu o protagonismo na inquirição de testemunhas, em patente violação ao art. 212 do CPP, sendo presumido o prejuízo sofrido pela defesa.

2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no HC n. 741.725/RS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe de 27/10/2022 – grifo nosso).

Dessa forma, impõe-se a anulação de todo o processo a partir da referida audiência.

Diante do quanto provido, julgo prejudicados os demais pedidos constantes da presente insurgência.

Ante o exposto, **conheço, em parte**, do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe provimento** para reconhecer a nulidade do art. 212 do Código de Processo Penal, determinando o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1846407 - RS (2019/0327540-2)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : LUIZ FERNANDO DE AVILA LEIVAS
ADVOGADOS : MARITANIA LUCIA DALLAGNOL - RS025419
IAN CUNHA ANGELI - RS086860B
VINÍCIUS RIBEIRO DA LUZ - RS103975
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

VOTO-VOGAL

Inicialmente, consigno que a matéria ventilada nestes autos já foi objeto da minha consideração – então vencida, nos autos do Resp 1.348.978 –, ocasião em que manifestei o entendimento de que, apesar de a jurisprudência desta Corte Superior não ver, em regra, nulidade processual ante a ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução, sem comprovação de prejuízo da defesa, consoante a exegese do art. 536 do Código de Processo Penal, a ausência do membro do Ministério Público deve ser analisada caso a caso.

I. Nulidade do ato processual realizado sem a presença do Ministério Público

Certo é que o art. 212 do Código de Processo Penal, mesmo após as modificações ocorridas com o advento da Lei n. 11.690/2008, continua a permitir que o juiz formule perguntas às testemunhas, sendo-lhe facultada, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do art. 156, III, do Código de Processo Penal.

Exemplificativamente, menciono: "O art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.690/08, determina que as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, possibilitando ao magistrado,

caso entenda necessário, complementar a inquirição acerca de pontos não esclarecidos." (HC n. 296.751/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 27/5/2015).

Sobre essa questão, registro que este Superior Tribunal é firme em assinalar que a ausência do Ministério Público na audiência de instrução constitui nulidade que deve ser apontada em momento oportuno, mediante comprovação de efetivo prejuízo para a defesa. Também possui o entendimento de que a estrutura acusatória do processo penal pátrio impede que se sobreponham, em um mesmo sujeito processual, as funções de defender, acusar e julgar, sem eliminar, dada a natureza publicista do processo, a iniciativa probatória do juiz, mediante fundamentação e sob contraditório, desde que assim proceda de modo residual e complementar às partes e com o cuidado de preservar sua imparcialidade, o que não ocorreu na espécie.

Ainda, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, de fato, não ocorre nulidade processual ante a ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução, sem comprovação de prejuízo da defesa. Isso porque, consoante a hodierna jurisprudência e a exegese do art. 536 do Código de Processo Penal, "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Contudo, ao aplicador do direito é dado conferir uma interpretação não só da lei, mas também da jurisprudência. O precedente, ainda que desponte como um referencial a ser utilizado na resolução de conflitos, deve ser adequado à realidade dos autos e ajustado às peculiaridades concretas.

Percebe-se, pois, que a ausência do membro do Ministério Público deve ser analisada caso a caso, para investigar os motivos que ensejaram o descumprimento da fórmula legal e o eventual prejuízo decorrido para a defesa, sob pena de perpetuar situações injustas e inadequadas. Não podemos adotar, automaticamente, a mesma solução em processo no qual houve, de forma excepcional, a ausência do Ministério Público na oitiva de uma testemunha ou na

audiência de interrogatório do réu e em processo no qual o órgão acusatório deixou de participar de toda a produção probatória, do início ao fim, desenvolvendo-se a ação somente entre a parte e o juiz.

II. Violação do sistema acusatório

O caso em análise revela contornos peculiares, pois, consoante os documentos aqui juntados às fls. , a oitiva de 6 testemunhas aparentemente foi conduzida pelo Juiz de Direito, que ouviu a vítima, inquiriu as testemunhas da acusação e as arroladas pela defesa, conforme a seguinte transcrição:

Aberta a audiência com as formalidades legais. Apregoadas as partes. Ausente o réu, presente seu defensor. **Ausente a representante do Ministério Público.** Considerando o expresse pedido da defesa para não comparecimento do acusado à instrução (fls.811/828), apesar de seu direito de presença e audiência, bem assim que se trata de réu que não se encontra preso, **restou colhido o depoimento de três testemunhas arroladas pela acusação, Maia, Eva Maria e Arlete, e três testemunhas arroladas pela defesa, AlexSandro, Mario Alfredo e Roberto,** todos residentes na Comarca, **mediante sistema de captação de áudio e vídeo.** Nos termos do provimento n2 02/2012- CGJ, considerando o registro audiovisual da audiência, fica dispensada a gravação da prova oral produzida, inclusive no processo penal. A seguir pelo Juiz foi dito que se aguarde o retorno das cartas precatórias inquiritórias expedidas, com posterior vista às partes. Após volte para designação de audiência de interrogatório, ultimo ato da instrução, restando por isso cancelada a audiência designada na fl.809). [...] (fl. 926)

No mais, os termos de audiência de fls. 961, 974, 1014, 1035, 1083, 1255 e 1301 indicam a presença do Parquet, com, **pelo menos, 11 testemunhas ouvidas**, já que o termo de audiência de fl. 1301, referente também ao interrogatório do réu, não quantifica o número de testemunhas (as oitivas estão em **mídia**).

Assim, entendo que o Juiz de Direito fez as vezes do Promotor de Justiça e, mais do que permitir que as pessoas ouvidas contassem o que ocorreu, formulou perguntas, para além daquilo que pode ser admitido a título de esclarecimento ou

complementação.

Nesse cenário, apesar de o advogado constituído pelo acusado haver concordado com a realização da audiência e permitido que o ato se realizasse, sem suscitar nenhum vício, mesmo sem a presença de membro do Ministério Público, entendo que, de fato, houve expressiva desobediência de formalidade estabelecida pelo legislador, que influenciou na apuração da verdade substancial (art. 566 do Código de Processo Penal) e no próprio sistema acusatório.

A atuação do juiz foi grave a ponto de comprometer o devido processo legal, sendo evidente e intuitivo o prejuízo ao réu, na medida em que foi condenado sem a intervenção de um dos sujeitos do processo (órgão acusador) e com base em provas não produzidas sob o crivo do contraditório. Ilustrativamente:

[...] 4 - Não se pode olvidar que, no moderno sistema processual penal, não se admite o reconhecimento de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, vigorando a máxima *pas de nullité sans grief*, a teor do que dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

5 - Não obstante tais fundamentos, diante da peculiaridade do caso concreto, mostra-se irretocável o acórdão recorrido, que anulou o processo desde a audiência de instrução, já que o Juiz, na verdade, colheu toda a prova utilizada para embasar a sentença condenatória, diante da ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução. [...]

7 - Não se verificou, no caso concreto, a indispensável separação entre o papel incumbido ao órgão acusador e ao julgador, principal característica do sistema acusatório, pois a fundamentação exposta na sentença condenatória permite concluir que os elementos do convencimento judicial decorreram, exclusivamente, de provas colhidas pelo julgador na audiência de instrução, hipótese de nulidade insanável, não sujeita, portanto, à preclusão.

8 - Recurso especial desprovido. (REsp n. 1259482/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 27/10/2011)

Ainda, menciono:

[...] 1. Deve ser mantida a decisão agravada, que reconheceu a nulidade do processo desde a audiência de instrução e

juízo, porquanto a par de realizada sem a presença do Ministério Público, do início ao fim, o Juiz de Direito substituiu o órgão acusatório ao conduzir e colher todas as provas, em atividade probatória principal e não supletiva.

2. Cuidando-se de ação penal condenatória, na qual sobrelevam não apenas os interesses indisponíveis em disputa, mas valores afirmativos de um devido processo legal (tanto em sua ótica procedimental quanto sob o seu viés substancial), é de suma importância que se perceba, na condução da causa, a clara divisão desses papéis: um órgão que promove a acusação, mas que ao mesmo tempo fiscaliza o regular desenvolvimento da relação processual; um órgão ou profissional que defende o imputado e o acompanha durante os atos processuais; e um órgão, imparcial, que presta a jurisdição e que zela para que os direitos das partes sejam observados.

3. Não há ilegalidade no ponto em que o Tribunal Estadual, no exame de apelação da defesa, reconheceu, ex officio, a invalidade do ato.

4. O aresto recorrido, embora tenha deixado de conferir eficácia jurídica às provas produzidas em desacordo com o modelo legal, não determinou a renovação da instrução criminal, optando por absolver o réu, o que violou o art. 573 do CPP, segundo o qual os atos cuja nulidade não tiver sido sanada serão renovados ou retificados.

5. O reconhecimento do vício na apelação não favorece a acusação, o Juiz ou o réu; apenas tem o fim de restabelecer o válido desenvolvimento da relação processual, que se desenvolveu apenas entre juiz e uma das partes.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no AREsp n. 528.020/RS, de minha relatoria, 6ª T., DJe 5/10/2015)

Nesse contexto, não há espaço para discutir a convalidação do ato por falta de insurgência da defesa. Em uma compreensão sistêmica do direito, até para que a estrutura do sistema acusatório seja restabelecida em processos futuros, deve ser reconhecido o vício processual, pois houve expressiva desobediência de fórmula legal, grave a ponto de comprometer o devido processo legal. O prejuízo ocasionado ao réu é manifesto, sendo ociosa qualquer tentativa de demonstração.

Não desconheço as dificuldades estruturais de alguns Ministérios Públicos estaduais para o atendimento de toda a demanda existente nas comarcas mais longínquas deste país continental. Dificuldades, porém, que não de ser contornadas com medidas de gestão e de coordenação entre Judiciário e Ministério

Público, que não podem continuar a, comodamente, perpetuar uma situação que compromete a ideia de uma justiça criminal apoiada sobre pilares sólidos, em que os seus protagonistas assumem e desempenham, minimamente, seus papéis na relação processual.

Vale, a propósito, mencionar a tramitação, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei n. 203/2011, que torna obrigatória a presença do Ministério Público em todos os atos de instrução criminal, sob pena de nulidade. A indagação que subjaz a essa notícia é se, efetivamente, precisaríamos de uma lei que diga o que se mostra óbvio.

Nas discussões travadas sobre a proposta legislativa, bem se ponderou que as reformas por que passou o Código de Processo Penal brasileiro, após a Constituição da República, reforçam a percepção de que não mais é possível continuar a tolerar que a instrução criminal seja toda feita se ausente de uma das partes.

Bem o evidencia a redação dada ao art. 185 pela Lei n. 10.792/2003, passando a exigir – recorde-se que até então o interrogatório era feito apenas entre juiz e acusado – a presença do defensor do réu no seu interrogatório judicial, até porque já dizia o art. 261, também do CPP, que "Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". Por sua vez, outra reforma legislativa ocorrida em 2008 (Lei n. 11.690/2008), veio reforçar a estrutura acusatória do processo penal brasileiro e melhor posicionar o julgador como sujeito processual que detém poderes instrutórios meramente suplementares na produção da prova oral em audiência, reconhecendo que são as partes (acusação e defesa) a ostentar o protagonismo na condução dos depoimentos das testemunhas por elas arroladas.

Partilhando dessa compreensão, constato que o Juiz extrapolou seus poderes instrutórios, ao exercer, com protagonismo, a iniciativa das perguntas que deveriam ser formuladas pelo titular da ação penal, ausente na audiência; evidente e intuitivo, pois, o prejuízo ao réu, na medida em que se sobrepuseram, em um

mesmo sujeito processual e durante toda a instrução, as funções de acusar e julgar.

Cito, a propósito, recente precedente do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO QUE FIGURA COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE VERIFICADA NO CASO CONCRETO. ATUAÇÃO DO JUIZ E ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA APTA A AFASTAR A INCIDÊNCIA DE NORMA COGENTE E DE APLICABILIDADE IMEDIATA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ATUAÇÃO ATIVA E DE PROTAGONISMO DESEMPENHADA PELO JUÍZO A QUO NA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. COMPROMETIMENTO AO ACTUM TRIUM PERSONARUM. UTILIZAÇÃO DE DEPOIMENTOS COLHIDOS EM DESCOMPASSO COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA PARA FUNDAMENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PREJUÍZO DEMONSTRADO. RÉU CUSTODIADO EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA ORA REPUTADA NULA. RESTITUIÇÃO AO STATUS LIBERTATIS QUE SE IMPÕE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RECONHECER A NULIDADE DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA A PARTIR DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E DETERMINAR A IMEDIATA SOLTURA DO PACIENTE .

1. A Constituição Federal de 1988, ao atribuir a privatividade da promoção da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I); ao assegurar aos ligantes o direito ao contraditório e à ampla defesa e assentar o advogado como função essencial à Justiça (art. 5º, LV e 133); bem como, ao prever a resolução da lide penal, após o devido processo legal, por um terceiro imparcial, o Juiz natural (art. 5º, LIII e LXI; 93 e seguintes), consagra o sistema acusatório.

2. A separação entre as atividades de acusar e julgar não autoriza que o juiz, em substituição ao órgão de acusação, assumam papel ativo na produção probatória, sob pena de quebra da necessária imparcialidade do Poder Judiciário.

3. O processo penal é instrumento de legitimação do direito de punir do Estado e, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário o respeito à legalidade estrita e às garantias fundamentais.

4. No que tange à oitiva das testemunhas em audiência de instrução e julgamento, deve o magistrado, em atenção ao art. 212 do CPP, logo após a qualificação do depoente, passar a palavra às partes, a fim de que produzam a prova, somente cabendo-lhe intervir em duas hipóteses: se evidenciada ilegalidade ou irregularidade na condução do depoimento ou, ao final, para complementar a oitiva, se ainda existir dúvida - nessa última

hipótese sempre atuando de forma supletiva e subsidiária (como se extrai da expressão “poderá complementar”).

5. A redação do art. 212 é clara e não encerra uma opção ou recomendação. Trata-se de norma cogente, de aplicabilidade imediata, e portanto o seu descumprimento pelo magistrado acarreta nulidade à ação penal correlata quando demonstrado prejuízo ao acusado.

6. A demonstração de efetivo prejuízo no campo das nulidades processuais penais é sempre prospectiva e nunca presumida. É dizer, não cabe ao magistrado já antecipar e prever que a inobservância a norma processual cogente gerará ou não prejuízo à parte, pois desconhece quo ante a estratégia defensiva.

7. Demonstrado, no caso dos autos, iniciativa e protagonismo exercido pelo Juízo singular na inquirição das testemunhas de acusação e verificado que foram esses elementos considerados na fundamentação do decreto condenatório, forçoso reconhecer a existência de prejuízo ao acusado.

8. O Juízo a quo ao iniciar e questionar detalhadamente a testemunha de acusação, além de subverter a norma processual do art. 212 do CPP, violando a diretiva legal, exerceu papel que não lhe cabia na dinâmica instrutória da ação penal, comprometendo o *actum trium personarum*, já que a “separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional” é consectário lógico e inafastável do sistema penal acusatório (ADIMC 5.104, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21.5.2014).

9. Habeas corpus concedido de ofício a fim de reconhecer a nulidade da ação penal originária a partir da audiência de instrução e julgamento e, como consequência, restituir a liberdade ao acusado, a fim de que responda solto à instrução da ação penal que deverá ser renovada. (HC 202557 / SP – SP, Relator Min. EDSON FACHIN, 2ª T., Julgamento: 03/08/2021, Publicação: 12/08/2021)

Nesse mesmo sentido, transcrevo a ementa de outro precedente – ainda que minoritário – já adotado na Quinta Turma, *in verbis*:

[...] 4 - Não se pode olvidar que, no moderno sistema processual penal, não se admite o reconhecimento de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, vigorando a máxima *pas de nullité sans grief*, a teor do que dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

5 - Não obstante tais fundamentos, diante da peculiaridade do caso concreto, mostra-se irretocável o acórdão recorrido, que anulou o processo desde a audiência de instrução, já que o Juiz, na verdade, colheu toda a prova utilizada para embasar a sentença condenatória, diante da ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução. [...]

7 - Não se verificou, no caso concreto, a indispensável separação

entre o papel incumbido ao órgão acusador e ao julgador, principal característica do sistema acusatório, pois a fundamentação exposta na sentença condenatória permite concluir que os elementos do convencimento judicial decorreram, exclusivamente, de provas colhidas pelo julgador na audiência de instrução, hipótese de nulidade insanável, não sujeita, portanto, à preclusão. 8 - Recurso especial desprovido. (REsp n. 1.259.482/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., DJe 27/10/2011)

III. Conclusão

Reconhecido, portanto, o vício processual – ausência do Ministério Público e condução de parte da instrução oral pelo juiz – ocorrido na audiência de instrução realizada no dia 20/8/2013, impõe-se a declaração de nulidade do referido ato judicial e, consoante a interpretação do art. 573 do Código de Processo Penal, a renovação da audiência de instrução.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **dou parcial provimento ao recurso especial** para anular a audiência realizada no dia 20/8/2013 e devolver os autos ao Juiz de Direito para que, facultada a repetição desses depoimentos dessa audiência, profira nova sentença.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2019/0327540-2

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.846.407 / R S
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008614720128210117 00716498820188217000 01217388120198217000
02412704920198217000 11721200002098 1217388120198217000
2412704920198217000 70077064376 70081498297 70082693615
716498820188217000 8614720128210117

PAUTA: 13/12/2022

JULGADO: 13/12/2022

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO DE SOUZA QUEIROZ

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ FERNANDO DE AVILA LEIVAS

ADVOGADOS : MARITANIA LUCIA DALLAGNOL - RS025419
IAN CUNHA ANGELI - RS086860B
VINÍCIUS RIBEIRO DA LUZ - RS103975

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Responsabilidade

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Fará declaração de voto o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.