



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.525.083 - RS (2015/0078528-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : ALEXANDRE SANCHES BERTON
ADVOGADOS : ADROALDO DAL MASS
LIJANE MIKOLASKI BELUSSO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE ARMA DE FOGO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS.

1. O Recorrente não demonstrou o alegado dissenso pretoriano conforme preconizado nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1º e § 2º, do RISTJ, mormente porque deixou de realizar o necessário cotejo analítico entre o acórdão objurgado e o paradigma colacionado.

INQUIRIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS EM AUDIÊNCIA NA QUAL O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO ESTEVE PRESENTE. POSSIBILIDADE. BUSCA DA VERDADE REAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Esta Corte Superior de Justiça já pacificou o entendimento de que a simples ausência do órgão acusatório na audiência de oitiva de testemunhas não enseja a nulidade do ato, impondo-se à defesa a comprovação do efetivo prejuízo suportado pelo réu. Precedentes.

2. Conquanto o Ministério Público não estivesse presente na ocasião em que ouvidas as testemunhas, o certo é que o próprio artigo 212 do Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, outrossim, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do artigo 156, inciso II, do mencionado diploma legal, o que revela a inexistência do prejuízo suportado pelo apenado, sendo certo que o togado de origem não atuou como acusador, mas dentro dos limites que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico vigente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.525.083 - RS (2015/0078528-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : ALEXANDRE SANCHES BERTON
ADVOGADOS : ADROALDO DAL MASS
LIJANE MIKOLASKI BELUSSO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por ALEXANDRE SANCHES BERTON contra decisão monocrática do Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), que, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal, negou seguimento ao recurso especial da defesa.

Alega o agravante, inicialmente, que teria sido comprovado e demonstrado o dissídio jurisprudencial, circunstância que permitiria o conhecimento do apelo nobre também pela alínea "c" do art. 105, inciso III, da Constituição Federal.

Sustenta que estaria evidenciado nos autos o seu efetivo prejuízo com a ausência do representante do Ministério Público na audiência de instrução e julgamento, aduzindo que não caberia ao magistrado produzi-las em substituição do órgão julgador.

Requer, afinal, a reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.525.083 - RS (2015/0078528-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Os elementos existentes nos autos dão conta que ALEXANDRE SANCHES BERTON foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003, por portar arma de fogo com numeração raspada.

A imputação foi julgada procedente para condenar o ora agravante, nos termos da exordial acusatória, à pena de 3 anos de reclusão, em regime aberto, sendo substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pecuniária, tendo sido mantidas as conclusões da sentença no julgamento da apelação.

Interposto recurso especial pela defesa, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, diante da divergência com o REsp n.º 1.259482/RS, alegou-se que a ausência do representante do Ministério Público na audiência de instrução teria o condão de acarretar a nulidade da prova produzida, uma vez que o Juiz não poderia inquirir diretamente as testemunhas.

Aduziu, ainda, que a condenação baseou-se tão-somente na referida prova testemunhal, o que evidencia o prejuízo sofrido pelo recorrente, tratando-se de nulidade insanável.

Monocraticamente, o Excelentíssimo Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), não conheceu do recurso interposto com fundamento na alínea "c", por ausência de demonstração da divergência entre os acórdão confrontados.

Contudo, foi analisado o mérito recursal, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade para a interposição do apelo pela alínea "a" da franquia constitucional, ao qual foi negado seguimento.

Daí a apresentação deste regimental.

A irresignação, porém, não merece prosperar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, constata-se que o alegado dissídio jurisprudencial não foi demonstrado nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do CPC; e 255, § 2º, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça.

Anota-se que o conhecimento do recurso especial pela divergência exige a transcrição dos trechos dos acórdãos impugnado e paradigma, evidenciando-se, de forma clara e objetiva, o suposto dissídio jurisprudencial, devendo ser exposta as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, o que não foi observado na espécie.

As Quinta e Sexta Turmas já se pronunciaram sobre o assunto:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RECURSO INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO ART. 105, III, ALÍNEA C. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. [...]

I. O recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal exige a demonstração do dissídio jurisprudencial, através da realização do indispensável cotejo analítico, para demonstrar a similitude fática entre o v. acórdão recorrido e o eventual paradigma (arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ), o que não ocorreu na espécie.

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 546.951/MT, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 22/09/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. [...]. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

5. Conforme disposição do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e, também, do art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial interposto pelo art. 105, III, "c", da Constituição Federal deve ser instruído com cópia do acórdão em que se fundamenta a divergência, bem como deve ser realizado o cotejo analítico, demonstrando a similitude fática entre os julgados e a incompatibilidade de entendimentos, formalidade não atendida satisfatoriamente pelo recorrente.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1084133/PR, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 27/10/2015)

No tocante à nulidade da audiência de instrução e julgamento em razão da ausência do representante do Ministério Público, constata-se que o Tribunal de origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não vislumbrou a ocorrência de eiva apta a contaminar o feito.

Quanto ao ponto, é imperioso destacar que esta Corte Superior de Justiça já pacificou o entendimento de que a simples ausência do órgão acusatório na audiência de oitiva de testemunhas não enseja a nulidade do ato, impondo-se à defesa a comprovação do efetivo prejuízo suportado pelo réu.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. (...) AUSÊNCIA DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AUDIÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

6. A ausência do membro do Ministério Público em audiência também não constitui nulidade absoluta. Não se pode anular processo-crime em que a Defesa não demonstrou que tal ausência influenciou decisivamente na condenação do Réu.

7. Writ não conhecido.

(HC 243.260/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014)

HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A ausência de membro do Ministério Público na audiência de oitiva de testemunhas, por si só, não nulifica o ato praticado, devendo a defesa alegar, a tempo e modo, o defeito processual, sob pena de preclusão, bem como demonstrar o prejuízo suportado pelos réus.

3. In casu, a defesa esteve presente à audiência de inquirição de testemunhas da acusação, exercendo plenamente seu mister, e permitiu que o ato se realizasse, mesmo diante da ausência do membro do Ministério Público, sem sequer suscitar o vício. Além disso, não foi demonstrado o prejuízo enfrentado pelos réus, ora pacientes, porquanto o decisum condenatório firmou-se não só na prova testemunhal, mas em vasto conteúdo probatório - perícia sexológica e depoimento da vítima dos crimes sexuais cometidos -,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tudo a impedir o reconhecimento e a declaração da nulidade aqui em apreço.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 217.948/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 17/02/2014)

Na mesma esteira é o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA:- Recurso extraordinário. Apelação Criminal. Preliminar. Indispensabilidade do membro do Ministério Público. 2. Acórdão que desacolheu preliminar de nulidade do processo, por ausência do Representante do Ministério Público, devidamente intimado para a audiência. 3. Alegação de ofensa aos arts. 2º e 127, "caput", da CF/88. 4. A essencialidade da participação do Ministério Público na administração da justiça, a teor do art. 127, da Carta Magna, não se pode ter como ofendida quando o órgão do Ministério Público, regularmente intimado para determinado ato processual, deixa de comparecer ou dele não participa a seu critério ou ex sponte sua. 5. Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 179272, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 02/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00083 EMENT VOL-02053-07 PP-01440)

No caso dos autos, conquanto o Ministério Público não estivesse presente na ocasião em que ouvidas as testemunhas, o certo é que o próprio artigo 212 do Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, outrossim, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do artigo 156, inciso II, do mencionado diploma legal, o que revela a inexistência do prejuízo suportado pelo apenado, sendo certo que o togado de origem não atuou como acusador, mas dentro dos limites que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico vigente.

Ademais, a defesa teve a oportunidade de formular às testemunhas os questionamentos que entendeu pertinentes para o embasamento de sua tese, razão pela qual eventual nulidade somente poderia ser reclamada pela parte ausente ao ato.

Diante do exposto, **nega-se provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0078528-3

AgRg no
REsp 1.525.083 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001367620118210090 00353120820158217000 04380668620148217000
09021100000570 09021100000578 70062455035 70063499347 9021100000578

EM MESA

JULGADO: 15/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ALEXANDRE SANCHES BERTON

ADVOGADOS : ADROALDO DAL MASS
LIJANE MIKOLASKI BELUSSO
WAGNER DALLA VALLE

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ALEXANDRE SANCHES BERTON

ADVOGADOS : ADROALDO DAL MASS
LIJANE MIKOLASKI BELUSSO

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.