



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.493.227 - RS (2014/0278923-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : LUIZ FERNANDO SANTOS DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA EM QUE FOI OUVIDA A TESTEMUNHA CITADA COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. JUIZ QUE SUBSTITUIU O ÓRGÃO ACUSATÓRIO NA PRODUÇÃO DA PROVA. CORTE LOCAL QUE ABSOLVEU O RÉU SOB O FUNDAMENTO DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO CRIMINAL. ILEGALIDADE PELA AUSÊNCIA DO *PARQUET*. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que da mera ausência do Ministério Público na audiência de oitiva de testemunhas não decorre a nulidade do ato, devendo a defesa oportunamente arguir a sua nulidade, com a devida comprovação do prejuízo imposto ao réu. Ressalva de entendimento pessoal.
2. No caso vertente, o magistrado de primeira instância fundamentou a condenação com base exclusivamente no depoimento do único policial dos inquiridos sob contraditório que se lembrou das circunstâncias do fato, em audiência marcada pela ausência do Ministério Público.
3. O Tribunal de Justiça, a seu turno, reformou a sentença, absolvendo o réu, por não aceitar como válida a produção de prova oral sem a presença do Ministério Público, em audiência em que se colheu o testemunho do policial que lastreara a condenação.
4. Recurso especial provido para, afastada a nulidade reconhecida pelo Tribunal de origem, determinar o retorno dos autos a fim de que se retome o julgamento do mérito da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2016

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.493.227 - RS (2014/0278923-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : LUIZ FERNANDO SANTOS DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL interpõe recurso especial, lastreado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** nos autos da Apelação n. 0179975-21.2013.8.21.7000.

Consta dos autos que o Ministério Público estadual denunciou Luiz Fernando Santos dos Santos como incurso no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, pela prática do seguinte fato delituoso:

No dia 31 de agosto de 2008, por volta das 02hs10min, desde local não precisado nos autos até a Rua Dom Pedro II, n.º 1.476, em via pública, nesta Cidade, o denunciado LUIS FERNANDO SANTOS DOS SANTOS portava 01 (um) revólver, calibre 38, marca Rossi, oxidado com numeração raspada e 02 (dois) cartuchos intactos, de mesmo calibre, arma e munição de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Na ocasião, o denunciado foi flagrado por integrantes da Brigada Militar portando o referido armamento e a munição na cintura.

A arma foi apreendida, conforme auto da folha 10, sendo a mesma submetida à perícia, onde ficou constatado o seu poder de lesividade, consoante laudo da folha 38. [...] (fls. 2-4)

Recebida a denúncia, em 23/4/2009, e após regular trâmite processual, sobreveio sentença, em 12/4/2012, que julgou procedente a ação penal, condenando o réu por infração ao art. 14 da Lei n. 10.826/2003, à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade e pena pecuniária.

Irresignada, a defesa apelou, postulando a absolvição do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusado, pela inexistência de prova válida do feito, alegando violação do disposto no art. 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Ainda em preliminares, argúi inconstitucionalidade do Estatuto do Desarmamento, visto que trata de crimes de perigo abstrato. No mérito, requer também a absolvição do acusado, alegando ser atípica a conduta de porte de arma de fogo desmuniada e não constituir o depoimento do policial prova apta a ensejar decreto condenatório.

A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, deu provimento ao recurso, para absolver o réu com base no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

APELAÇÃO. PORTE DE ARMA. MINISTÉRIO PÚBLICO AUSENTE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO.

1. A ausência do Ministério Público da audiência de instrução, quando devidamente intimado e nos casos de ação penal de iniciativa pública, produz a invalidade da prova produzida no ato. A substituição da atividade acusatória pelo magistrado inviabiliza o efetivo contraditório e desequilibra a estrutura acusatória do processo. Precedentes do STJ e dessa Câmara Criminal. No caso, a instrução criminal foi repartida em dois atos, tendo o Ministério Público se ausentado do primeiro. Depoimentos colhidos nesse ato processual, declarados inválidos.

2. O restante da prova produzida sob contraditório não é suficiente a embasar a condenação por porte ilegal de arma de fogo.

RECURSO PROVIDO. POR MAIORIA. (fl. 165)

A acusação, irresignada, opôs embargos de declaração, que foram rejeitados.

O Ministério Público, então, interpôs este recurso especial, lastreado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, sustentando a contrariedade aos arts. 563; 564, IV; 565; 571, II e VIII; 572, I; 573; 156, 157 e 212, todos do Código de Processo Penal.

A acusação pediu o provimento do recurso especial a fim de "cassar o acórdão prolatado pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para que, **considerando-se válida a prova produzida no feito, prossiga o órgão fracionário da Corte Estadual no exame das demais teses aventadas pelo acusado**, em seu apelo; subsidiariamente, caso entenda esta Corte pela invalidade da prova, por demonstrado prejuízo, pugna-se seja determinada a renovação do ato tido por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nulo" (fls. 232).

A acusação também interpôs recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, sustentando a violação do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 261-268.

A Vice-Presidência da Corte local admitiu o recurso especial e negou seguimento ao recurso extraordinário às fls. 279-286.

Inconformada, a acusação interpôs agravo contra a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário.

Os autos foram enviados ao Ministério Público Federal, que, em parecer do Subprocurador-Geral da República Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, oficiou pelo provimento do recurso especial, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. A ausência de representante do Ministério Público na oitiva de testemunhas e no interrogatório do réu constitui nulidade que, contudo, conduz à renovação do ato, e não à absolvição por ausência de provas, como determinado pelo tribunal recorrido. Parecer pelo provimento do recurso especial, para que seja renovado o ato processual tido por nulo. (fls. 315-317)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.493.227 - RS (2014/0278923-4)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA EM QUE FOI OUVIDA A TESTEMUNHA CITADA COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. JUIZ QUE SUBSTITUIU O ÓRGÃO ACUSATÓRIO NA PRODUÇÃO DA PROVA. CORTE LOCAL QUE ABSOLVEU O RÉU SOB O FUNDAMENTO DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO CRIMINAL. ILEGALIDADE PELA AUSÊNCIA DO *PARQUET*. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que da mera ausência do Ministério Público na audiência de oitiva de testemunhas não decorre a nulidade do ato, devendo a defesa oportunamente arguir a sua nulidade, com a devida comprovação do prejuízo imposto ao réu. Ressalva de entendimento pessoal.
2. No caso vertente, o magistrado de primeira instância fundamentou a condenação com base exclusivamente no depoimento do único policial dos inquiridos sob contraditório que se lembrou das circunstâncias do fato, em audiência marcada pela ausência do Ministério Público.
3. O Tribunal de Justiça, a seu turno, reformou a sentença, absolvendo o réu, por não aceitar como válida a produção de prova oral sem a presença do Ministério Público, em audiência em que se colheu o testemunho do policial que lastreara a condenação.
4. Recurso especial provido para, afastada a nulidade reconhecida pelo Tribunal de origem, determinar o retorno dos autos a fim de que se retome o julgamento do mérito da apelação.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

O aresto recorrido, ao conferir os termos de audiência de instrução, verificou que "o agente do Ministério Público não compareceu à referida solenidade" e que "**a audiência foi inteiramente conduzida pelo Juiz de Direito**, que ouviu a vítima, uma testemunha, dois policiais militares e, na sequência, interrogou o acusado".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse cenário, embora a vítima tenha descrito o ocorrido e confirmado a subtração, o Tribunal de origem entendeu que não foi produzida prova alguma para a condenação por iniciativa da acusação e que o "prejuízo à defesa é evidente, uma vez que o réu foi condenado". Nesta senda, entendeu que não havia provas suficientes para a condenação, pois "declarar a nulidade do processo seria premiar a quem deu causa, o Ministério Público, que não acompanhou a instrução".

A **Corte local absolveu o réu**, por entender que a prova produzida padecia de vício que a tornava inválida, *in verbis*:

[...]

No caso concreto, verifico ter sido a instrução processual repartida em dois momentos: o primeiro ato com a inquirição de dois policiais responsáveis pelo flagrante, no dia 03.09.2009 (fl.57); e o segundo ato com a inquirição de outro policial, no dia 12.04.2012 (fl.77). **O Ministério Público esteve ausente apenas no primeiro ato da instrução**, de modo que os depoimentos de testemunhas colhidos nessa audiência não se revestem de validade para a formação do convencimento judicial.

Assim, acolho a preliminar para declarar a invalidade da prova testemunhal produzida na audiência realizada dia 03.09.2009 (fl. 57), e **passo ao exame do mérito, considerando para a formação do convencimento judicial apenas a prova testemunhal produzida na audiência de 12.04.2012** (fl. 77). O réu foi declarado revel.

No caso, examinando a sentença condenatória, verifico ter o magistrado a quo fundamentado o juízo de procedência da denúncia com base exclusivamente no depoimento do policial Denis Borges, colhido na audiência de 03.09.2009. Esse policial foi o único dos inquiridos sob contraditório que se lembrou das circunstâncias do fato. Essa prova, no entanto, dada a ausência do Ministério Público da audiência, não se reveste de validade necessária à formação do convencimento judicial.

A única testemunha inquirida sob contraditório na presença de ambas as partes processuais, o policial Temístocles Loureiro (fl. 77), nada soube esclarecer sobre o fato. Disse não se lembrar do caso, nem mesmo com a leitura do seu depoimento na fase policial.

Assim, **resulta manifesta a insuficiência probatória a embasar o juízo de procedência da acusação**. A hipótese acusatória não foi confirmada por provas válidas, de modo que a absolvição é impositiva. Voto, pois, por dar provimento ao recurso, para absolver o réu com base no artigo 386, VII, do CPP. (fls. 160-181)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. Ato processual realizado sem a presença do Ministério Público – ausência de nulidade

Recentemente, relatei recurso em habeas corpus em tudo semelhante ao caso dos autos, em que toda a inquirição das testemunhas pelo juiz deu-se na ausência do representante do Ministério Público, e conclui pela existência de vício processual, com a consequente declaração de nulidade do ato judicial e, consoante a interpretação do art. 573 do Código de Processo Penal, a renovação da audiência de instrução. Todavia, esta Sexta Turma assim não entendeu e decidiu nos seguintes termos:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. OITIVA DE TESTEMUNHAS. VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E DO IMPULSO OFICIAL. NULIDADES RELATIVAS. NÃO ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP).

2. As modificações introduzidas pela Lei n.º 11.690/08, ao art. 212 do Código de Processo Penal, não retiraram do juiz a possibilidade de formular perguntas às testemunhas, a fim de complementar a inquirição, na medida em que a própria legislação adjetiva lhe incumbe do dever de se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos (princípio da verdade real e do impulso oficial), o que afasta o argumento de violação ao sistema acusatório.

3. 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.

4. Recurso especial provido para excluir a nulidade reconhecida pelo Tribunal *a quo* e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fim de que se prossiga no julgamento do mérito do apelo.

(REsp n. 1348978/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/2/2016)

Entendo, contudo, que, 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. Por isso, não obstante a consolidação do entendimento desta Sexta Turma quanto ao tema, **ressalvo meu entendimento de 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 que acabou por lastrear a sentença condenatória, desenvolvendo-se a ação somente entre a parte e o juiz.

Portanto, **é o caso de, respeitosamente, seguir o entendimento majoritário desta Corte Superior, segundo o qual não há vício na hipótese em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer a uma das audiências e o Magistrado formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia**, sobretudo no caso em que a defesa não impugna no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo. Confira-se:

[...]

I - Inexiste nulidade na ação penal por ter o Magistrado conduzido audiência de oitiva das testemunhas de acusação, inquirindo-as sobre os fatos constantes da denúncia, sem a presença do Membro do Ministério Público.

II - Eventual prejuízo pela ausência do representante do Parquet, caso houvesse, só interessaria à acusação, sendo inadmissível o reconhecimento de nulidade relativa que só à parte contrária interessa.

III - Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 1491961/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 14/9/2015)

[...]

2. Esta Corte Superior de Justiça já pacificou o entendimento de que a simples ausência do órgão acusatório na audiência de oitiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunhas não enseja a nulidade do ato, impondo-se à defesa a alegação oportuna do defeito processual, bem como a comprovação do prejuízo suportado pelo réu. Precedentes.

3. No caso dos autos, além de não ter havido a impugnação oportuna da defesa quanto à ausência do Ministério Público em algumas das audiências de instrução, seja porque o referido órgão estava atuando em outro processo, seja porque estava em substituição em outra comarca, tem-se que o próprio Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, o que afasta a alegação do prejuízo em tese suportado pelos acusados. (HC n. 312.668/RS, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 7/5/2015)

III. Dispositivo

À vista do exposto, **dou provimento ao recurso especial**, para, afastada a nulidade reconhecida pelo Tribunal de origem, determinar o retorno dos autos a fim de que se retome o julgamento do mérito da apelação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0278923-4 **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.493.227 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01411394220148217000 01799752120138217000 03942473620138217000
05420800013309 1799752120138217000 20800013309 3083908520148217000
3942473620138217000 5420800013309 70054553482 70056696206 70059485763
70061158275

PAUTA: 13/09/2016

JULGADO: 13/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : LUIZ FERNANDO SANTOS DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

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, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.