**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.695 - GO (2018/0276709-7)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO FELIX FISCHER** |
| AGRAVANTE | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS |
| AGRAVADO | : | HERVAL GOMES MARCOLINO RODRIGUES |
| ADVOGADO | : | DIEGO RAMON NEIVA LUZ - GO035376 |

**EMENTA**

PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DESACATO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PLEITO MINISTERIAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA DESPROVER O RECURSO ESPECIAL.

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS** contra decisão que inadmitiu recurso especial manejado em face de acórdão do eg. Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado (fl. 136):

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DESACATO. CONCURSO MATERIAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE PROMOTOR DE JUSTIÇA EM AUDIÊNCIA. INTIMAÇÃO PRÉVIA EFETIVADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PROPOSTA NÃO VIABILIZADA NA ORIGEM. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. SENTENÇA CONDENATÓR1A PROFERIDA. PRECLUSÃO. 1 - Não se vislumbra a existência de prejuízo decorrente do não comparecimento do Ministério Público na audiência de instrução e julgamento, apesar de devidamente intimado para o ato, a ponto de ensejar a declaração de nulidade do processo. 2 - A ausência de proposta do sursis processual ao acusado é tratada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como caso de nulidade relativa, sujeita, portanto, ao instituto da preclusão, especialmente quando já proferida sentença penal condenatória, como é a hipótese dos autos. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO."*

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (fls. 151-161).

Nas razões do recurso especial, o **Parquet** sustenta violação ao art. 564, inciso III, alínea **d**, do Código de Processo Penal. Pleiteia, pois, a nulidade da audiência de instrução e julgamento por ausência do membro do Ministério Público.

Contrarrazões não apresentadas, certidão de fl. 180, sobreveio juízo negativo de admissibilidade fundado na incidência da **Súmula 83/STJ** (fls. 181-182).

Nas razões do agravo, postula-se o processamento do recurso especial, haja vista o cumprimento dos requisitos necessários a sua admissão.

O Ministério Público Federal opinou pelo **conhecimento** do agravo e **desprovimento** do recurso especial (fls. 212-217).

É o relatório.

**Decido**.

Tendo em vista os argumentos expendidos pela parte agravante para refutar os fundamentos da decisão de admissibilidade da origem, **conheço do agravo e passo a examinar o recurso especial**.

Consta dos autos que o agravado foi condenado como incurso nas sanções dos artigos 306 da Lei n. 9.503/97 e 331 do Código Penal, às penas de **01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, em regime aberto, e de 72 (setenta e dois) dias-multa,** além da suspensão do direito de dirigir veículo automotor por 04 (quatro) meses. A pena corporal foi substituída por restritivas de direitos.

O eg. Tribunal de origem negou provimento ao recurso ministerial.

Nas razões recursais, busca o insurgente nulidade do feito.

Para melhor delimitar a presente **quaestio** trago à baila os fundamentos lançados no v. acórdão vergastado, **verbis** (fls. 132, grifei):

*"Da análise dos autos, verifica-se que razão não assiste ao membro do Ministério Público com atribuição em primeiro grau de jurisdição, ao pugnar pela nulidade do feito por ausência de intimação e participação na audiência de instrução e julgamento.*

*Infere-se à fl. 68 verso que* ***o representante do Ministério Público foi devidamente intimado para a audiência de instrução e julgamento****, porém, o Promotor de Justiça não compareceu para o ato, não apresenta justificativa prévia e idônea capaz de justificar o adiamento da audiência.*

*Demais, disso* ***não se vislumbra a existência de prejuízo decorrente do não comparecimento do Ministério Público no ato instrutório, apesar de devidamente intimado, a ponto de ensejar a declaração de nulidade do processo****."*

Com efeito, a Lei n. 11.690/2008 alterou a forma de inquirição de testemunhas, abolindo o chamado sistema presidencialista em nome de um método mais eficaz, diante da possibilidade de exame efetivo, direto e cruzado do contexto das declarações, deixando mais bem delineadas as atividades de acusar, defender e julgar.

Nesse novo cenário, cabe ao juiz a tarefa de complementar a inquirição das testemunhas sobre pontos não esclarecidos, ao que se pode extrair da leitura do art. 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

A intervenção do juiz na oitiva das testemunhas deve ser feita tão somente para lançar luz sobre pontos obscuros. A tarefa do magistrado, portanto, é a de complementar a inquirição, depois de encerradas as perguntas das partes, caso ainda reste ponto por elucidar.

Assim, o entendimento majoritário desta Corte é de **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).

Sobre a questão, destaco esse e outros julgados emanados deste eg. Tribunal Superior:

> *"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 fim de que se prossiga no julgamento do mérito do apelo."* (REsp 1348978/SC, **Sexta Turma**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe 17/02/2016)

*"AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENOR. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO FEITO. NÃO CONFIGURADO.* ***AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. NULIDADE ABSOLUTA. NÃO OCORRÊNCIA****. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Já encerrada a instrução probatória e prolatada a sentença, está evidenciada a prejudicialidade da tese de excesso de prazo para o encerramento da instrução.*

*2.* ***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 não há demonstração de efetivo prejuízo.***

*3. Agravo regimental não provido."* (AgRg no RHC 69.711/PE, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe 08/03/2018)

*"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO.* ***AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. PERGUNTAS FORMULADAS ÀS TESTEMUNHAS PELO JUIZ. NULIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA****. RECURSO NÃO PROVIDO.*

*1. Esta Corte Superior firmou jurisprudência no sentido de que "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)" (REsp 1.348.978/SC, relator para acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 17/2/2016).*

*2. No caso em exame, conforme asseverou o Tribunal de origem, além de o suposto vício não ter sido arguido até a apresentação das alegações finais,* ***não houve demonstração de efetivo prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal****, segundo o princípio pas de nullité sans grief.*

*3. Recurso não provido."* (RHC 85.033/PA, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 06/10/2017).

Ademais, a jurisprudência desta Corte de Justiça, há muito já se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio **pas de nullite sans grief**, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado n. 523 da Súmula do STF, o que não se verifica na hipótese concreta.

Dessa feita, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em **conformidade** com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, inciso II, b, do Regimento Interno do STJ, **conheço do agravo** para **negar provimento ao recurso especial.**

P. e I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator