



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

## ACÓRDÃO

**HABEAS CORPUS Nº 1200-87.2010.6.00.0000 – CLASSE 16 – TAQUARA – RIO GRANDE DO SUL**

**Relator:** Ministro Gilson Dipp

**Impetrante:** Jacson Simon

**Paciente:** Carmem Solange Kirsch da Silva

**Advogados:** Jacson Simon e outro

**Órgão coator:** Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul

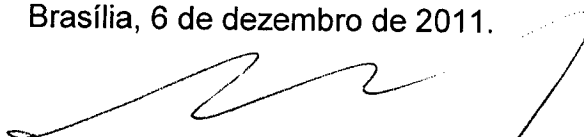
*HABEAS CORPUS. NULIDADE. PROMOTORA DE JUSTIÇA ARROLADA COMO TESTEMUNHA. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. LIMINAR CASSADA.*

1. Hipótese na qual se pretende o reconhecimento de nulidade de processo que resultou na condenação do paciente pelos delitos previstos nos arts. 296 e 312 do Código Eleitoral.
2. Não se conhece da questão acerca de eventual irregularidade no arrolamento da promotora de justiça que teria atuado no feito como testemunha, se evidenciado que o Tribunal *a quo* não se manifestou sobre o fato, sob pena de incorrer-se em indevida supressão de instância.
3. No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no Processo Penal, a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, prejuízo concreto e objetivo, nos termos do art. 563 do Código de processo Penal e da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.
4. Ausência de defesa técnica que não se configura, tendo em vista a não comprovação de eventual impedimento ou incompatibilidade do defensor com o exercício da advocacia, sem demonstração, ademais, de prejuízo decorrente da atuação do advogado.

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada. Cassada a liminar.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em conhecer parcialmente do *habeas corpus* e, na parte conhecida, denegar a ordem e cassar a liminar anteriormente deferida, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 6 de dezembro de 2011.



MINISTRO GILSON DIPP - RELATOR

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhor Presidente, trata-se de *Habeas corpus* impetrado por JACSON SIMON em favor de CARMEN SOLÂNGE KIRSH DA SILVA contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul que manteve a condenação à pena de 1 ano, 1 mês e 15 dias de detenção, substituída por duas penas restritivas de direito – prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária –, pela prática dos delitos tipificados nos artigos 296 e 312 do Código Eleitoral.

Aduz o impetrante nulidade do processo criminal: a) porque a Promotora de Justiça requereu a instauração do inquérito policial em desfavor da paciente e também atuou na fase judicial na condição de testemunha. No seu entender, “Essa incompatibilidade de funções dentro de um mesmo processo macula a prova, mormente se ela foi utilizada como alicerce para o édito condenatório [...]” (fl. 5); b) por ausência de defesa técnica, porquanto o defensor da paciente à época exercia função de Procurador Jurídico da Prefeitura Municipal de Parobé/RS, em caráter de exclusividade (fato que alega ser desconhecido pela paciente), e tal função é incompatível com o exercício da advocacia.

Assevera que resta inequívoca a atuação indevida do Ministério Público como parte e testemunha e que a prova obtida foi irregularmente considerada na sentença, evidenciando o prejuízo à paciente.

Requer a concessão de liminar para suspender os efeitos da sentença condenatória mantida nos autos RC 32 do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul e a concessão da ordem, para o fim de ser declarada nula a instrução judicial em razão da ausência de defesa técnica, bem como ser declarada nula a sentença de Primeiro Grau em razão de que fundada em provas colhidas de forma irregular, determinando-se o desentranhamento do depoimento da Promotora de Justiça Lisiane Rubin dos autos de origem, bem como a prolação de nova sentença de mérito, tornando, em qualquer caso, definitiva a liminar concedida.

Em 27.5.2010, foi concedida a liminar para suspender a eficácia do acórdão regional até o julgamento do presente *writ*.

Foram prestadas informações pelo Presidente do Tribunal de origem, Desembargador Sylvio Baptista Neto, nestes termos (fls. 580-581):

"[...] informo a Vossa Excelência que foi oferecida denúncia contra CARMEN SOLANGE KIRSCH pela suposta prática dos delitos de desordem nos trabalhos eleitorais e tentativa de violação do sigilo do voto, tipificados nos artigos 296 e 312 do Código Eleitoral, respectivamente.

O magistrada [*sic*] de primeiro grau condenou a acusada Carmen Solange às penas dos artigos 296 e 312 do Código Eleitoral, aplicando-lhe a pena de 01 ano, 01 mês e 15 dias de detenção, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária.

A ré interpôs recurso, argumentando que sua conduta buscava impedir a realização de conduta ilegal praticada por um dos eleitores no local, alegando ainda que a sentença não considerou circunstâncias atenuantes comprovadas nos autos.

Esta Corte, à unanimidade, concluiu pela correção da sentença recorrida, publicando, em 08 de janeiro de 2010, acórdão assim ementado:

Recurso criminal. Decisão que julgou denúncia parcialmente procedente, aplicando à recorrente as penas dos crimes tipificados nos artigos 296 e 312 do Código Eleitoral.

Conjunto probatório farto e seguro para confirmar a prática das condutas de desordem prejudicial aos trabalhos eleitorais e de violação ao sigilo do voto. Afastada de ofício a condenação em custas processuais. Inaplicabilidade do instituto da sucumbência no âmbito da Justiça Eleitoral.

Provimento negado.

Cumprir informar, ainda, que, nos fundamentos da manutenção da sentença condenatória por este Tribunal, não foi tomado em consideração o testemunho da Dra. Lisiane Rubin.

Desta decisão não foi interposto recurso, transitando em julgado na data de 13 de janeiro de 2010, retornando os autos à 55ª Zona Eleitoral.

[...].

Por sua vez, a Prefeitura Municipal de Parobé/RS informa: "[...] o Bel. Rogério Moller dos Santos exerce a atividade de Procurador Jurídico do Município de Parobé/RS desde 1º de janeiro de 2005, data em que foi nomeado e com título de dedicação exclusiva desde 1º de novembro de 2006 [...]", bem como junta documentos: Portarias nºs 12525/2006 e 8274/2005 (fls. 582-584).

O parecer do Ministério Público Eleitoral, da lavra da Exm<sup>a</sup> Sr<sup>a</sup> Vice-Procuradora-Geral Eleitoral, Dr<sup>a</sup> Sandra Cureau, veio pela denegação da ordem (fl. 588).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Senhor Presidente, o pedido de *habeas corpus* está fundado na existência de nulidade do processo criminal com decisão condenatória transitada em julgado, por ausência de defesa técnica e impedimento/incompatibilidade da Promotora de Justiça.

No caso, a pretensão deduzida não tem relação concreta e efetiva com o direito à liberdade individual de ir, vir e ficar, assegurado constitucionalmente, porquanto não se cuida de condenação que conduza à prisão da paciente. Todavia, **em tese**, há possibilidade de reconversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, originalmente imposta, se houver descumprimento injustificado. A propósito, alinho acórdão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 86.619/SC, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 27.9.2005, DJ 14.10.2005, assim ementado:

**I. Habeas corpus: cabimento quanto à condenação à pena de prestação pecuniária, dado que esta, diversamente da pena de multa, se descumprida injustificadamente, converte-se em pena privativa de liberdade (C. Penal, art. 44, § 4º).**

II. Juizados Especiais Criminais: apelação não conhecida por intempestividade das razões, que não prejudicaria o recurso.

1. A apelação para a Turma Recursal deve ser interposta com as razões, no prazo de 10 dias (L. 9.099/95, art. 82, § 1º); no entanto, se, ajuizada no prazo de 5 dias, o Juiz a recebe e abre prazo para as razões, entende-se que adotou o rito da lei processual comum (C. Pr. Pen., art. 593), não se podendo reputar intempestivas as razões oferecidas no prazo do art. 600 do C.Pr.Penal (HC 80121, 1ª T., 15.08.00, Gallotti, DJ 7.12.2000).

2. De qualquer modo, também no processo dos Juizados Especiais, a ausência ou a intempestividade das razões não prejudicam a

apelação interposta no prazo legal (C.Pr.Penal, art. 601)". (nosso o grifo)

E mais, não obsta o conhecimento do *writ* o fato de a condenação haver transitado em julgado, porquanto é possível a impetração quando se busca o exame de nulidade ou de questão de direito, ainda que se trate de condenação transitada em julgado, *verbis*:

"[...] O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, nos casos em que a decisão condenatória transitou em julgado, a excepcionalidade de manejo do habeas corpus, quando se busca o exame de nulidade ou de questão de direito, que independe da análise do conjunto fático-probatório. Precedentes.

[...]". (HC nº 638/SP, Rel. Ministro MARCELO RIBEIRO, julgado em 28.4.2009, *DJe* 21.5.2009)

Analiso as alegadas nulidades da instrução criminal, em razão do impedimento da Promotora de Justiça, que fora arrolada na denúncia como testemunha, e da ausência de defesa técnica.

### **DO IMPEDIMENTO DA PROMOTORA**

Por primeiro, elas não foram decididas pela Corte de origem, não merecendo, por essa razão, serem conhecidas, sob pena de indevida **supressão de instância**.

**A título de *obiter dictum***, assevere-se que o *habeas corpus* não é a via adequada para pleitear o reconhecimento de suspeição ou impedimento, porquanto pressupõe contraditório e ampla dilação probatória. Nesse sentido:

**"Habeas corpus. Suspeição. Impedimento. Alegação. Descabimento.**

**O *habeas corpus* não é a via adequada para pleitear o reconhecimento de suspeição ou impedimento, cuja verificação pressupõe contraditório e ampla dilação probatória.**

Com efeito, o Código de Processo Penal disciplina, nos arts. 95 a 112, procedimento específico para o processamento das exceções de suspeição, possibilitando o oferecimento de resposta e a produção de provas pelo excepto, garantindo-se, assim, a ampla defesa e o devido processo legal.

Por seu turno, o *habeas corpus* é marcado por cognição sumária e rito célere, que não comportam a abertura de contraditório e o aprofundado exame de fatos e provas.

Ainda que fosse possível, em tese, admitir o exame das alegações do impetrante no âmbito do *habeas corpus*, o caso dos autos não se enquadraria em nenhuma das hipóteses de suspeição ou impedimento previstas nos arts. 252, 254 e 258 do Código de Processo Penal.

Cumpre ressaltar, ainda, que o art. 256 do Código de Processo Penal dispõe que a suspeição não pode ser reconhecida quando a própria parte que a alega tenha dado motivo para criá-la.

Nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso". (nossos os grifos)

(RHC nº 1082-51/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, julgado em 15.3.2011 - Informativo-TSE nº 6/2011)

Registre-se, ainda, consoante se depreende dos autos, que a Promotora de Justiça Dra. Lisiane Rubin não atuou como parte no processo criminal, porque a denúncia foi oferecida por outro Promotor que analisou os elementos de convicção coletados, formando a *opinio delictis*.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já entendeu não existir nulidade na atuação do Ministério Público na fase investigatória e posterior oferecimento da denúncia, *verbis*:

**"HABEAS-CORPUS'. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE DEPOIMENTO PRESTADO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA QUE PARTICIPOU, NA POLÍCIA, DO ATO DA PRISÃO EM FLAGRANTE: INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA PROCESSUAL COMPROMETIDO PELO EXCESSO DE TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO: INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. SENTENÇA FUNDAMENTADA EM OUTROS ELEMENTOS DA PROVA: IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NO WRIT.**

**1. O Membro do Ministério Público Estadual que assiste a lavratura do auto de prisão em flagrante, convidado pela autoridade policial para assegurar a legalidade do ato, não está impedido de prestar depoimento, na fase da instrução penal, reportando-se aos fatos que ouviu quando dos depoimentos prestados na fase investigatória.**

**2. Se a jurisprudência do STF já assentou que não configura impedimento de Promotor de Justiça, que acompanhou inquérito policial, para em seguida oferecer denúncia (RHC 61.110, DJ de 26.08.83 e HC 60.364, DJ de 13.05.83), com muito mais razão e propriedade poderá prestar depoimento do que antes presenciara, se outro foi o Promotor de Justiça que firmara a peça acusatória.**

3. Inaplicabilidade, no caso, da norma contida no artigo 252 do CPP que diz respeito às hipóteses em que o juiz não poderá exercer a jurisdição.

4. Se o juiz ouviu uma testemunha a mais além do limite para a acusação do que para a defesa, mas a essa facultou que também o fizesse, precluindo o direito, não pode alegar posteriormente cerceamento de defesa, se inclusive não emprestou qualquer valia ao depoimento deduzido pela testemunha excedente. Violação do princípio isonômico que não se caracterizou.

5. Sentença que se funda no conjunto probatório e não apenas no depoimento contraditado, para se avaliar que peso teve no convencimento do juiz, traduz-se em revolvimento probatório, circunstância que torna imprestável e inviável a via estrita do 'habeas corpus'. 'Habeas corpus' que se conhece, mas a que se nega deferimento."

(HC nº 73425/PR, Rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 30.4.96, DJ 18.6.2001 – nossos os grifos)

Merece destaque, por fim, o fato de que o acórdão condenatório após deter-se nos depoimentos de outras testemunhas, que não esta única impugnada na impetração, conclui pela condenação, mantendo a sentença, sem fazer consideração acerca do testemunho prestado pela Promotora de Justiça.

### **DA AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA**

O impetrante assevera nulidade do processo criminal, ainda, por ausência de defesa técnica, porquanto o defensor da paciente à época exercia função de Procurador Jurídico da Prefeitura Municipal, em caráter de exclusividade, função esta incompatível com o exercício da advocacia.

Da leitura mais minuciosa das peças dos autos, vejo que não foi comprovado o impedimento/incompatibilidade do advogado que exerceu a sua defesa. A portaria de fl. 584, editada pela Prefeitura do Município de Parobé/RS, não leva à conclusão de que o Dr. Rogério Möller dos Santos detinha, à época, a condição ou exerce até hoje a função de Procurador Jurídico da Prefeitura do Município de Parobé/RS.

A apreciação dessa matéria e da alegação de que a paciente desconhecia que o patrocínio de sua causa foi realizado por Procurador Jurídico, em caráter de exclusividade, encontra óbice na estreita via processual do *habeas corpus*. Além disso, consoante alertado no parecer ministerial, é



improvável o desconhecimento, visto que “[...] a irmã da paciente é prefeita daquela Municipalidade [...]” (fl. 591).

Pelo exposto, conheço parcialmente do *habeas corpus* e, nessa parte, denego a ordem, cassando a liminar concedida.

É como voto.

### VOTO (vencido)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, peço a palavra apenas quanto à admissibilidade e adequação do *habeas corpus*. Estamos diante de situação concreta em que o ato impugnado foi formalizado em processo eleitoral. Não se trata de repetição de *habeas substitutivo* do recurso ordinário. E teria dúvida relativamente ao não conhecimento da impetração.

Qual a alegação? Que um promotor teria atuado de forma polivalente: como testemunha e como promotor no mesmo processo.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Na verdade, chamamos como *habeas corpus substitutivo* de recurso ordinário, porque foi apreciado pelo Tribunal *a quo*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas foi apreciado o processo, que é estritamente eleitoral. Seria processo-crime.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Sim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Precisaríamos ver se há elementos, neste processo, a revelarem essa dupla atuação e se seria o promotor e...

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Leio: “O impetrante assevera a nulidade do processo criminal [...]”. A supressão de instância quanto ao primeiro está patenteado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Porque senão passaríamos a exigir, para o manuseio do *habeas corpus*, o prequestionamento. Uma situação é simplesmente não admitirmos o *habeas* quando é substitutivo do recurso ordinário, considerada a decisão proferida em outro *habeas* e não havendo sido a matéria apreciada pelo órgão apontado como coator. Algo diverso é verificar-se *habeas corpus* impetrado em vista do julgamento de ação penal pelo Tribunal de origem. Nesse caso, penso que nunca exigimos o debate e a decisão prévios do tema, para adentrarmos a questão.

Tenho dúvida se há elementos que realmente confirmam o duplo papel do promotor na ação penal, como testemunha e... Não concebo a possibilidade de um promotor, que haja atuado como Estado acusador, vir também a prestar depoimento no processo-crime.

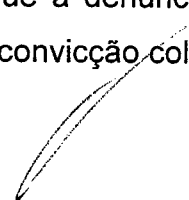
O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Em um primeiro momento, mesmo reconhecendo a supressão de instância, como de fato reconheço, eu havia apreciado essa matéria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Prequestionamento quanto a essa ação nobre, o *habeas corpus*, que não sofre qualquer “peia”, nem a alusiva à preclusão maior – a coisa julgada?

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Ministro Marco Aurélio, creio que o *habeas corpus* também, a exemplo do mandado de segurança, e tenho defendido isso, está tendo um alargamento acima de sua índole constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: A promotora realmente atuou como Estado acusador e como testemunha?

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Não, pois depreende-se dos autos que a Promotora de Justiça Dra. Lisiane Rubin não atuou como parte no processo criminal, porque a denúncia foi oferecida por outro Promotor que analisou os elementos de convicção coletados, formando a *opinio delictis*.



O impetrante aponta irregularidade ao argumento de que o órgão ministerial estaria impedido de atuar no processo criminal prestando testemunho dos fatos que presenciou, pois requereu a instauração do inquérito policial em desfavor do paciente. É esta a alegação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Atuou como membro do Ministério Público em procedimento que desaguou na ação penal, provocando a instauração do inquérito. Poderia depor na ação penal? A meu ver, não.

Penso que, se, em qualquer processo, podemos conceder a ordem de ofício quando nos defrontamos com ilegalidade passível de alcançar, na via direta ou indireta, a liberdade de ir e vir do cidadão, com maior razão o podemos no próprio *habeas corpus* – por isso é dispensável até mesmo o prequestionamento. No caso, surge, observado esse enfoque primitivo do Relator, que o membro do Ministério Público atuou naquele procedimento embrionário, considerada futura ação penal, provocando a instauração do inquérito, e, posteriormente, na ação penal, compareceu e depôs contra o acusado?

Concedo a ordem para anular o processo.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Tenho aqui uma decisão de 2011, do Ministro Aldir Passarinho Junior, dispondo que suspensão e impedimento, mesmo de promotor, não pode ser alegado na fase do *habeas corpus*, e, sim, no momento próprio de suspensão e de impedimento.

#### **PEDIDO DE VISTA**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Senhores Ministros, peço vista antecipada dos autos.

**EXTRATO DA ATA**

HC nº 1200-87.2010.6.00.0000/RS. Relator: Ministro Gilson Dipp. Impetrante: Jacson Simon. Paciente: Carmem Solange Kirsch da Silva (Advogados: Jacson Simon e outro). Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilson Dipp, conhecendo parcialmente do *habeas corpus* e, na parte conhecida, denegando a ordem e cassando a liminar anteriormente deferida, antecipou o pedido de vista o Ministro Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrighi, os Ministros Marco Aurélio, Gilson Dipp, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e a Vice-Procuradora-Geral Eleitoral, Sandra Cureau.

SESSÃO DE 2.6.2011.

**VOTO-VISTA**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Senhores Ministros, trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, em favor de Carmen Solange Kirsch da Silva contra acórdão transitado em julgado proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul que manteve a condenação da paciente à pena de 1 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, substituída por penas restritivas de direito.

Aduz o impetrante a existência de nulidade absoluta no processo criminal que condenou a paciente pela prática dos crimes previstos nos arts. 296 e 312 do Código Eleitoral, tendo em vista que a promotora de justiça que requereu a instauração do inquérito policial em desfavor da paciente atuou como testemunha no processo judicial.

Alega, ainda, que o “*defensor da paciente à época (...) exercia função de Procurador Jurídico junto à Prefeitura Municipal de Parobé/RS, em caráter de exclusividade*”, logo, segundo o impetrante, a paciente estaria carente de “*defesa técnica patrocinada por profissional devidamente habilitado e desimpedido para tal função*” (fl. 13).

Na Sessão Plenária de 2.6.2011, o Min. Gilson Dipp conheceu parcialmente do *habeas corpus* e, nesta parte, denegou a ordem, cassando a liminar concedida.

Após o voto de Sua Excelência, pedi vista dos autos para melhor exame da questão, os quais devolvo agora para a retomada do julgamento.

Passo a votar.

No tocante à suposta nulidade do feito, ante o alegado impedimento da promotora, verifico que a questão não foi apreciada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, o que impede a atuação desta Corte, sob pena de supressão de instância.

Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

*“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL. TEMA NÃO EXAMINADO NO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXAME PELO STF SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE DEMORA NO JULGAMENTO DO MÉRITO DE WRIT PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR O IMEDIATO JULGAMENTO.*

***1 – O pedido de declaração de nulidade da ação penal, em virtude de não ter sido realizado o exame de corpo delito para a verificação do crime de falsificação de documento público, não pode ser conhecido, uma vez que esta questão não foi analisada pelo Tribunal a quo. Seu exame por esta Suprema Corte implicaria indevida supressão de instância e extravasamento dos limites de sua competência descritos no art. 102 da Constituição Federal.***

(...)” (grifei - Habeas Corpus 107.006/MG, de minha relatoria).

***“Habeas Corpus. 2. Nulidades. 3. Questões não analisadas pelo STJ. Equívoco do Superior Tribunal de Justiça, por negar seguimento a ambos os habeas corpus (um baseado na reiteração do outro) sem analisar o pedido. 4. Habeas corpus indeferido, ante a supressão de instância quanto ao pedido de reconhecimento de crime continuado e de nulidade de perícia. Contudo, concedido habeas corpus de ofício para anular a decisão do segundo habeas lá impetrado, para proceder-se à análise do pleito de nulidade da decretação de revelia na data em que o paciente se encontrava preso (grifei - Habeas Corpus 98.002/SP, Relator Min. Gilmar Mendes).***

Seja como for, mesmo que superado o óbice da supressão de instância, verifico que a Promotora Dra. Lisiane Rubin, ouvida como testemunha, não autuou como parte, sendo certo que a denúncia foi oferecida pelo Promotor de Justiça Márcio Emílio Lemes Bressani (fls. 166-171). Não há, portanto, o alegado impedimento.

Em relação à suposta ausência de defesa técnica, como bem observou o Relator, Min. Gilson Dipp, a alegação de que a ré desconhecia que o patrocínio da causa foi realizado por Procurador Jurídico, em caráter de exclusividade, não foi comprovada nos autos. Ademais, conforme ressaltou Sua Excelência:

*“(...) consoante alertado no parecer ministerial, é improvável o desconhecimento, visto que [...] a irmã da paciente é prefeita daquela Municipalidade [...]’ (fl. 591)”.*

Como se não bastasse, anoto que não houve demonstração de prejuízo para a ré, pois seu defensor apresentou defesa acompanhada do rol de testemunhas (fls. 326-329), a assistiu na audiência de instrução (fl. 409), apresentou alegações finais (fls. 62-71), bem como recorreu da sentença condenatória (fls. 105-116).

Diante dessas considerações, verifico a ausência de descaso ou falta de iniciativa, uma vez que as diligências esperadas do advogado foram realizadas. Incide, portanto, o teor da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

Isso posto, acompanho o Relator para conhecer, em parte, do presente *habeas corpus* e, nesta parte, **denegar a ordem**.

#### **VOTO (ratificação – vencido)**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, peço vênias para divergir. Não concebo que integrante do Ministério Público, sendo o titular da ação penal, compareça e deponha como testemunha. Quanto à falta de enfrentamento da matéria pelo Tribunal de origem, dispense o prequestionamento e, diante do fato, poderia, inclusive, caminhar para a concessão da ordem de ofício.

Peço vênias a Vossa Excelência e ao Relator, para deferir a ordem pleiteada.

#### **VOTO**

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, o Ministro Gilson Dipp é o relator desse *habeas corpus*?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Sim.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: E denegou a ordem também?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Denegou na parte conhecida. Porque dessa parte referente à promotora, não conheceu por não ter sido enfrentada na instância *a quo*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: É estreme de dúvidas que uma promotora compareceu e atuou como testemunha de acusação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Sim, ela foi ouvida como testemunha.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Penso que a situação é muito séria, tendo em vista a impessoalidade do órgão.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Ela participou da diligência, certo? Mas essa matéria não foi tratada lá, correto?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas poderíamos, diante do fato – já que, em qualquer processo, deparando-nos com ilegalidade, assim procedemos –, conceder a ordem de ofício. O Ministério Público não pode, a um só tempo, ser Estado acusador e testemunha.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: E houve sentença considerando esse depoimento?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: O Relator deferira a liminar.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Pior seria se tivesse deferido a liminar e denegado a ordem.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): A promotora não ofereceu a denúncia.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Mas ela participou da diligência, certo? Porque só o fato de ser membro do Ministério Público, penso que não impede, mas, pelo que me lembro, participou da apreensão.



O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Talvez essa questão possa ser suscitada no TRE e não prejudicará eventual conhecimento dela posteriormente. No caso, nós nos estamos limitando apenas em não conhecer dessa questão sem prejuízo de que ela venha a ser conhecida em outra oportunidade, se for o caso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Ela pode atacar isto pelas vias normais.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: O *habeas corpus* é contra o acórdão do Tribunal Regional, que confirmou a condenação?

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Sim. A matéria de fundo é a de que o consultor jurídico não tinha conhecimento até onde ele atuava.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Houve inclusive recurso contra a sentença condenatória, e o *habeas corpus* agora quer suscitar alguma nulidade, seja pelo fato de que a promotora teria atuado como testemunha, embora não tenha oferecido a denúncia, seja pelo fato de que o advogado não teria ofertado defesa tecnicamente adequada.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Essa fundamentação do advogado, Vossa Excelência afasta, entendendo que foi apresentada a defesa. O fato de ser testemunha do Ministério Público, no acórdão não foi considerado.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): O testemunho dela não foi levado em consideração.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: O fato de ser membro do Ministério Público não impede; até um juiz pode depor. Se ela passar no meio da rua e vir um fato, pode depor. Não há impedimento nenhum.

Pelo que me lembro, ela participou de alguma diligência nesse processo, talvez até o flagrante. Ela estava atuando como membro do Ministério Público nesse processo na fase anterior, mas se esse depoimento

não foi considerado, se o tema não foi tratado e se, quanto à defesa técnica, foi apresentada, embora reconheça – quero deixar registrado meu entendimento – que, tendo ela atuado na condição de membro do Ministério Público, não poderia realmente depor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: A promotora que depôs, segundo consta da impetração, teria requerido instauração de inquérito policial em desfavor da paciente.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Penso que havia impedimento.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): O presidente do Tribunal do Rio Grande do Sul informa que não foi dessa forma. Isso foi em Taquara. Nas informações prestadas pelo presidente do Tribunal, ele dá essa informação, mas não é tão incisivo como os dizeres óbvios da impetração.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: De qualquer forma, se o Tribunal não considerou esse depoimento como relevante, não há prejuízo.

Por essa circunstância, acompanho o eminente relator.

**EXTRATO DA ATA**

HC nº 1200-87.2010.6.00.0000/RS. Relator: Ministro Gilson Dipp. Impetrante: Jacson Simon. Paciente: Carmem Solange Kirsch da Silva (Advogados: Jacson Simon e outro). Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul.

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu parcialmente do *habeas corpus* e, na parte conhecida, denegou a ordem e cassou a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do relator. Vencido o Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrichi, os Ministros Marco Aurélio, Gilson Dipp, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e a Vice-Procuradora-Geral Eleitoral, Sandra Cureau.

SESSÃO DE 6.12.2011\*.

---

\* Sem revisão das notas de julgamento do Ministro Ricardo Lewandowski.