



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 227-92.
2010.6.27.0029 – CLASSE 32 – PALMAS – TOCANTINS

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Agravante: Vanderlei Luxemburgo da Silva

Advogados: Lucas Ferreira Bicalho e outros

Agravado: Ministério Público Eleitoral

AÇÃO PENAL. CRIME ELEITORAL. SUPOSTO DESRESPEITO DO JUÍZO DEPRECADO À ORDEM DE INQUIRIÇÃO QUANDO DA TOMADA DE DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA. SÚMULA 211/STJ. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSÁRIO. NÃO COMPARECIMENTO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO À AUDIÊNCIA. INQUIRIÇÃO DA TESTEMUNHA POR PARTE DO JUIZ. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. ART. 563 DO CPP. FORMALIDADE CUJA OBSERVAÇÃO INTERESSA AO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE DA DEFESA PARA ARGUI-LA. ART. 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não restou apreciada pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, matéria relativa ao suposto desrespeito do juízo deprecado à ordem de inquirição quando da tomada do depoimento de testemunha, atraindo a incidência da Súmula 211/STJ.
2. Mesmo as matérias de ordem pública necessitam do prequestionamento para serem analisadas em sede de recurso especial eleitoral, o que não ocorreu no caso.
3. É nulidade relativa o fato de o juiz, ante o não comparecimento do *Parquet* à audiência, interrogar a testemunha e, portanto, não demonstrado efetivo prejuízo para a parte, não é de direito proceder-se à anulação do ato. Aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*, na forma do art. 563 do Código de Processo Penal.

4. Nos termos preconizados no comando normativo contido no art. 565 do CPP, a Defesa não detém legitimidade para arguir nulidade supostamente decorrente de formalidade cuja observância interessaria apenas ao Ministério Público.

5. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 20 de maio de 2014.


MINISTRA LAURITA VAZ – RELATORA

RELATÓRIO


A SENHORA MINISTRA LAURITA VAZ: Senhor Presidente, cuida-se de agravo regimental interposto por VANDERLEI LUXEMBURGO DA SILVA de decisão de minha lavra que deu parcial provimento ao respectivo recurso especial eleitoral apenas para, reformando em parte o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Tocantins, redimensionar as penas aplicadas ao ora Agravante e determinar a substituição dessa por 01 (uma) restritiva de direitos.

A essa decisão monocrática, o Agravante opôs embargos de declaração, os quais restaram rejeitados.

Nas razões do presente regimental, o Agravante argumenta que *“os fundamentos expostos para não conhecer do apelo nobre em sua totalidade não devem prosperar, posto que a simples leitura das razões recursais fornece subsídios suficientes para sua admissibilidade e seu processamento, em uma nítida comprovação de que a matéria fora devidamente debatida na instância inferior.”* (fl. 885).

Pondera que *“ainda que não houvesse menção explícita aos dispositivos violados, ainda assim seria de se conhecer da totalidade do apelo nobre, uma vez que o próprio Egrégio Tribunal Superior de Justiça admite o prequestionamento implícito”* (fl. 885).

Sustenta que *“o vício e o prejuízo insistentemente apontados e demonstrados pelo recorrente afetaram não só o interesse de um dos litigantes ou apenas de uma ação penal especificamente, mas garantias constitucionais e o próprio sistema acusatório, com reflexos irreparáveis no direito à liberdade do recorrente, dando causa à questionável nulidade absoluta, a qual pode ser reconhecida em qualquer fase e, inclusive, de ofício, dispensando-se, numa análise mais aprofundada, até mesmo o questionado prequestionamento”* (fl. 886).



Afirma que "o que se busca é o real enfrentamento de matéria já questionada, debatida e não apreciada no Recurso Especial Eleitoral, sobretudo pela relevância de seu julgamento." (fl. 886).

É o relatório.

VOTO


A SENHORA MINISTRA LAURITA VAZ (relatora): Senhor Presidente, informam os autos que o Recorrente, em primeiro grau, foi condenado às penas de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, e pagamento de 09 (nove) dias-multa, cada um equivalente a 02 (dois) salários mínimos, no valor vigente à época dos fatos, como incurso no art. 289 do Código Eleitoral.

Por outro lado, como efeito da sentença, restou declarada a inelegibilidade do Réu, após o trânsito em julgado, pelo período de 08 (oito) anos.

Ademais, o magistrado singular, com base no art. 44, inciso III e § 2º, do Código Penal, substituiu a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, quais sejam, prestação de serviços à comunidade e pagamento de prestação pecuniária no valor de 100 (cem) salários mínimos, destinados à entidade citada na sentença.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso, o qual restou parcialmente provido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Tocantins, apenas para afastar a declaração de inelegibilidade.

A esse aresto foram opostos embargos de declaração, os quais restaram rejeitados.

Sustentou o Recorrente, ora Agravante, nas razões do recurso especial, negativa de vigência ao art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, bem como ao art. 212, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal, aduzindo que: 

a) *“no presente caso [...] ambas as partes (acusação e defesa), insistentemente, notificaram e requereram a nulidade da prova testemunhal que fora produzida em absoluta afronta ao devido processo legal, em razão da usurpação do papel constitucional do Ministério Público pelo digno juízo que presidiu a inquirição da testemunha Terezinha Rosa de Jesus – principal testemunha de acusação, cujo depoimento fundamentou e foi amplamente utilizado na decisão condenatória.”* (fl. 778);

b) *“Em verdade, o digno magistrado não presidiu o referido ato processual, na medida em que atuou, de ofício, como único acusador, e sob o posterior protesto de ambas as partes.”* (fl. 778);

c) *“[...] o digno magistrado ainda fez com que a testemunha ratificasse, em juízo, todas as suas declarações prestadas na sede da Polícia Federal, as quais, igualmente, foram utilizadas para fundamentar o decreto condenatório.”* (fl. 782);

d) *“[...] o Representante do Ministério Público Eleitoral não estava presente à audiência de instrução, o que significa dizer que não houve qualquer intervenção do órgão de acusação na inquirição da testemunha que arrolara para provar os fatos imputados ao recorrente.”* (fl. 789);

e) *“[...] a juíza, além de formular perguntas com o nítido objetivo de suprir a ausência e a desídia do órgão ministerial – quando sua atuação deveria ser apenas complementar, após as perguntas das partes –, também desrespeitou a ordem de inquirição estabelecida na lei processual penal, uma vez que ela iniciou os questionamentos e, só depois, passou a palavra à defesa.”* (fl. 789);

f) *“[...] a inquirição, pelo juiz, não se deu em caráter complementar, mas sim principal, em verdadeira substituição ao órgão incumbido da acusação, situação que configura indisfarçável afronta ao sistema acusatório e evidencia o prejuízo efetivo ao recorrente.”* (fl. 789).

Aponta contrariedade ao art. 59 e 68 do Código Penal, porquanto *“a totalidade das circunstâncias judiciais são favoráveis ao*



recorrente, o que aponta o excesso injustificável na fixação da pena base acima do mínimo legal.” (fl. 802).

Ainda sobre esse último ponto, argumenta que “*o excesso na aplicação da pena base desencadeou, por consequência, o excesso na imposição da pena substitutiva, em razão de sua duplicidade: pena pecuniária e restritiva de direitos.” (fl. 805).*

Apresentadas contrarrazões (fls. 814-819 v), e admitido o apelo na origem (fls. 808-810), subiram os autos à apreciação desta Corte Superior.


Instado a se manifestar, o Ministério Público Eleitoral apresentou parecer (fls. 826-833), da lavra da Vice-Procuradora-Geral Eleitoral Sandra Cureau, opinando pelo desprovimento do recurso especial.

Examinado o apelo, verifiquei assistir razão ao ora Agravante apenas no tocante à: (i) fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto alicerçada em considerações vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva e atinentes ao próprio tipo penal; e (ii) presença, na hipótese, das condições previstas no art. 44 do Código Penal.

Assim, por meio da decisão monocrática de fls. 837-846, o recurso especial eleitoral foi parcialmente provido para:

- a) redimensionar a reprimenda definitiva no patamar de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicialmente aberto, e pagamento de 05 (cinco) dias-multa, no mesmo valor de equivalência estabelecido pelo magistrado de primeiro grau;
- b) determinar, a substituição da pena privativa de liberdade por 01 (uma) restritiva de direitos, a ser especificada pelo Juízo das Execuções.

O ora Agravante opôs embargos de declaração, o qual, por intermédio do *decisum* de fls. 864-869, restou rejeitado.

Feito esse breve histórico, passo ao exame do presente agravo regimental. 

Inicialmente, conforme consignado na decisão agravada, não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, o argumento segundo o qual, quando da tomada do depoimento de testemunha, o juízo deprecado teria desrespeitado a ordem de inquirição.

Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, incidindo o disposto no enunciado nº 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.”

A propósito, o que se considera, para efeitos de satisfação do requisito do prequestionamento, é a menção, debate e decisão efetiva da Corte de origem acerca da matéria federal suscitada, e não apenas sua arguição nas peças recursais.


Ressalte-se, ainda, que é pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual, ocorrendo omissão de questão fundamental ao deslinde da causa, deve a parte, no recurso especial, alegar ofensa ao art. 275 do Código Eleitoral, demonstrando, de forma objetiva e fundamentada, a imprescindibilidade da manifestação sobre a matéria impugnada e em que consistiria o vício apontado, e não interpor o recurso contra a questão federal não prequestionada.

Ilustrativamente:

Registro. Candidato a vereador. Indeferimento. Instâncias ordinárias. Inelegibilidade. Analfabetismo.

[...]

2. Apesar de terem sido opostos embargos de declaração para que as mencionadas provas fossem analisadas, a Corte de origem concluiu que o embargante pretendeu apenas a rediscussão da decisão que manteve o indeferimento da sua candidatura e, no recurso especial, não foi apontada violação ao art. 275 do Código Eleitoral, o que enseja a incidência da Súmula nº 211 do STJ.

[...] 

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR-REspe nº 85-31/RN, Rel. Ministro HENRIQUE NEVES, publicado na sessão de 12.12.2012; sem grifos no original)

Ademais, esta Corte tem entendimento consagrado no sentido de que mesmo as matérias de ordem pública necessitam do prequestionamento para serem analisadas em sede de recurso especial eleitoral, o que não ocorreu no caso.

Nesse entendimento:

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE COLIGAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. CONVENÇÃO PARTIDÁRIA. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES. MATÉRIA INTERNA CORPORIS. ILEGITIMIDADE ATIVA DA COLIGAÇÃO ADVERSÁRIA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO.

[...]

3. Na linha da jurisprudência desta Corte, ainda que se cuidasse de matéria de ordem pública, o prequestionamento seria indispensável, pois inerente ao cabimento do recurso de natureza extraordinária.

[...]

6. Agravo regimental desprovido.

(AgR-REspe nº 1034-49/MG, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJE 14.3.2013)

De outro norte, afirma o Agravante que seria necessário reconhecer, na espécie, a existência de afronta ao sistema acusatório e, por via reflexa, aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A propósito, pondera que o magistrado deprecado, quando da tomada do depoimento de Terezinha Rosa de Jesus, teria atuado, durante a respectiva audiência de instrução, não apenas respeitando os limites de seu mister judicante, mas também de forma a suprir a ausência do *Parquet* eleitoral.

De acordo com a linha argumentativa expendida pelo ora Agravante, declarar a nulidade da sentença seria medida inafastável, porquanto o citado testemunho teria sido o principal elemento probante no qual se baseou o édito condenatório.



Pois bem. O acórdão recorrido, na parte que interessa, possui a seguinte fundamentação, *in verbis*:

Notadamente, a **inquirição de testemunha de acusação pelo Juiz quando ausente o Representante do Ministério Público, constitui nulidade relativa**. De modo que, **não sendo demonstrado prejuízo**, nos termos exigidos pelo art. 563 do Código de Processo Penal, **não se procede a anulação do ato**.

Além disso, conforme o disposto no **art. 565 do mesmo Estatuto, falta legitimidade para a Defesa alegar esse vício** especialmente em se considerando que ela **estava presente na audiência** de instrução para inquirir a testemunha arrolada pelo Ministério Público, **oportunidade em que nada alegou**.

Com efeito, **não há que se arguir nulidade relativa referente a formalidade cuja observância interesse exclusivamente à parte contrária [...]**

[...]

Assim, rejeito a preliminar.

[...]

(fls. 724-725; sem grifos no original)

Como se vê, irreprochável o entendimento adotado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Tocantins.

Com efeito, as conclusões plasmadas no acórdão recorrido não divergem da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da matéria ora examinada, fixada no sentido de que é nulidade **relativa** o fato de o juiz, ante o não comparecimento do *Parquet* à audiência, interrogar a testemunha.

Nessa linha de raciocínio, não demonstrado efetivo prejuízo para a parte, tal como ocorre na espécie, não é de direito proceder-se à anulação do ato, porquanto cabível a aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*, na forma do art. 563 do Código de Processo Penal.

Ademais, nos termos preconizados no comando normativo contido no art. 565 do CPP, a Defesa não detém legitimidade para arguir a multicitada nulidade, tendo em vista que a ocorrência desse suposto vício decorreria de formalidade cuja observância interessaria apenas ao Ministério Público.



A propósito, os seguintes julgados oriundos do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. INEXISTÊNCIA DO PREJUÍZO. PRECLUSÃO. EVENTUAL NULIDADE QUE NÃO PODE SER ARGUIDA PELO PACIENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 565 DO CPP. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

- **A ausência de membro do Ministério Público na audiência de oitiva de testemunha, por si só, não nulifica o ato praticado, devendo a defesa alegar, a tempo e modo, o defeito processual, bem como demonstrar o prejuízo suportado pelo réu, sob pena de preclusão.**

- No caso, a apontada nulidade só foi levantada pela defesa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, devendo, pois, ser declarada preclusa a matéria, bem como o impetrante/paciente não demonstrou o prejuízo, aplicando-se à espécie o princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563 do Código de Processo Penal).

- Por outro lado, nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal, não é permitido ao impetrante questionar nulidade referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

- *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 79.712/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD, Desembargadora Convocada do TJ/SE, Sexta Turma, DJE 10.12.2013; sem grifos no original)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO PELO JUIZ. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL AO ATO. ARGUIDO DESCUMPRIMENTO DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E ALEGADA NULIDADE RELATIVA. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ARGUIÇÃO QUE SÓ INTERESSA À PARTE CONTRÁRIA. ORDEM DENEGADA.

1. **A inquirição das testemunhas de Acusação pelo Juiz, quando ausente o Ministério Público Estadual, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do Código de Processo Penal, não se procede à anulação do ato.**

2. Além disso, conforme o disposto no art. 565 do mesmo Estatuto, falta legitimidade para a Defesa alegar esse vício, mormente em se considerando que ela estava presente na audiência de instrução para inquirir as testemunhas arroladas pelo Ministério Público. Com efeito, não há que se arguir nulidade relativa



referente a formalidade cuja observância interesse exclusivamente à parte contrária.

3. Ordem denegada.

(HC 186.397/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJE 28.6.2011; sem grifos no original)

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Laurita Vaz", is written over the text "É como voto." The signature is fluid and cursive.

EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 227-92.2010.6.27.0029/TO. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Agravante: Vanderlei Luxemburgo da Silva (Advogados: Lucas Ferreira Bicalho e outros). Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Rosa Weber, Laurita Vaz e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, João Otávio de Noronha e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão.

SESSÃO DE 20.5.2014.