



CÓPIA

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 033090011611 - MONTANHA
APTE: HERCULES FAVARATO
APDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: O SR. DESEMB. ADALTO DIAS TRISTÃO

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto pela defesa de **HERCULES FAVARATO**, às fls. 435 do feito, em face da r. sentença de fls. 414/417 que o condenou nas iras do artigo 1º, incisos I e II do Decreto-lei nº 201/67, na forma do artigo 71 do CP, à reprimenda de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação pelo prazo de 05 (cinco) anos.

Em razões recursais de fls. 445/460, a defesa alega preliminarmente:

- ♦ 1) A nulidade do processo por ter ocorrido o interrogatório do apelante antes da colheita da prova testemunhal;
- ♦ 2) A nulidade do feito por ter ocorrido a oitiva de testemunha de acusação após a oitiva da testemunha de defesa;
- ♦ 3) nulidade do processo por ter sido proferida sentença sem que fosse examinado o Incidente Declaratório de Nulidade de Depoimento Judicial;
- ♦ 4) Nulidade da sentença por falta de exame das alegações feitas em sede de Alegações Finais e por não ter na sentença o resumo das alegações defensivas;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

- ♦ 5) Nulidade da sentença por demonstração da parcialidade do Magistrado ao consignar frase sobre os efeitos secundários da condenação pelo crime de responsabilidade antes mesmo de examinar o mérito do processo.
- ♦ 6) Nulidade da sentença por falta de fundamentação no momento da fixação da pena.

No mérito, alega que não há provas suficientes para a formação do édito condenatório e, alternativamente, requer a redução da pena-base fixada acima do mínimo legal com base em formulações genéricas a respeito das circunstâncias judiciais.

Em contrarrazões de fls. 462/469, o Ministério Público pugna pela rejeição das preliminares suscitadas e, quanto ao mérito, pelo improvimento do recurso.

A Douta Procuradoria de Justiça ofertou parecer às fls. 476/486, no qual opina pela rejeição das preliminares argüidas e, no mérito, seja dado parcial provimento ao recurso, apenas no que tange à análise das circunstâncias judiciais.

É o relatório. À revisão.

Vitória, de julho de 2012.

ADALTO DIAS TRISTÃO
Desembargador Relator



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 033090011611 - MONTANHA
APTE: HERCULES FAVARATO
APDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: O SR. DESEMB. ADALTO DIAS TRISTÃO

V O T O

(1ª Preliminar - Nulidade do Processo ante a realização do interrogatório do apelantes antes de esgotada a colheita de prova testemunhal)

A defesa alega a nulidade do processo, tendo em vista que houve violação do artigo 400 do CPP, pois o interrogatório do apelante ocorreu antes de esgotada a colheita da prova testemunhal.

Após detida análise do feito, nota-se que a preliminar suscitada pela defesa não merece guarida, uma vez que após o interrogatório do recorrente, ocorreu apenas a oitiva de uma testemunha, que ressalta-se era de defesa que foi prestada em Precatória cumprida na Comarca de Medeiros Neto/BA, local em que estava presente o apelante assistido por seu advogado.

Ademais, a defesa em nenhum momento demonstrou terem ocorrido prejuízos ao apelante, como prevêem os artigos 563 e 571, II, ambos do CPP.

Como bem disse a douta Procuradoria de Justiça em trecho de fls. 478 do parecer lançado pela Dra. Eloiza Helena Chiabai:

(...) além de tratar-se de testemunha de Defesa, não se colheu qualquer elemento negativo quanto ao acusado, inexistindo prejuízo na tomada de depoimento após interrogatório, segundo se pode extrair do sentido proposto pelo Artigo 566 do Código de Processo Penal. (...)

(...) Caberia à Defesa comprovar o prejuízo e/ou eventual nulidade decorrente de *error in procedendo* por ocasião de suas Alegações Finais, conforme preconizam os Artigos 563 e 571, II, ambos do Código de Processo Penal, o que também não ocorreu. (...)

Pelo exposto, na esteira do entendimento proferido pela douta Procuradoria de Justiça, **REJEITO** a preliminar suscitada. É como voto.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 033090011611 - MONTANHA
APTE: HERCULES FAVARATO
APDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: O SR. DESEMB. ADALTO DIAS TRISTÃO

V O T O

(2ª Preliminar - Nulidade do Processo ante a Oitiva das Testemunhas de Acusação após da Oitiva das Testemunhas da Defesa)

A defesa também alega preliminarmente a nulidade do feito, por ter ocorrido a oitiva da testemunha de Acusação após a oitiva da testemunha de defesa, porém tal tese não possui base legal.

Isto porque o entendimento jurisprudencial é que é possível ocorrer a inversão na ordem de oitiva da testemunha quando feitas por Carta Precatória.

Neste sentido:

"HABEAS CORPUS. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. PEDIDO PREJUDICADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INQUIRÇÃO POR CARTA PRECATÓRIA. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.(...)". "3. O Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento jurisprudencial de que a inquirição de testemunha de Defesa, por meio de carta precatória, antes da produção da prova oral acusatória não configura nulidade, mormente se não demonstrado o prejuízo. "4. Hipótese em que não houve qualquer prejuízo, pois as testemunhas da defesa limitaram-se a depor sobre o comportamento social do réu. "5. Habeas corpus denegado". (HC 74.805/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 05/04/2010).

Ademais, é bom ressaltar que tal vício causador de nulidade relativa. Logo, só causaria a anulação do processo se a defesa comprovasse o prejuízo sofrido, o que não correu no caso.

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - PRELIMINAR: INVERSÃO DA ORDEM DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS - AUSÊNCIA DE NULIDADE - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO PELA DEFESA -



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

PRELIMINAR REJEITADA - MÉRITO: ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CABAL DAS CAUSAS PREVISTAS NO ART. 415, DO CPP - EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO. 1 - Preliminar: Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal cuida-se de vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente com a demonstração da ocorrência do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de preclusão. REJEITADA. (...)

(TJES, Classe: Recurso Sentido Estricto, 35090170701, Relator : MANOEL ALVES RABELO, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 25/04/2012, Data da Publicação no Diário: 04/05/2012)

EMENTA: HABEAS CORPUS. SENTENÇA. CONSTATAÇÃO DA REITERAÇÃO DELITIVA. PRISÃO PREVENTIVA. CABIMENTO. GARANTIA À ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. 1. A inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada às partes a formulação das perguntas, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo Estatuto, não se procede à anulação do ato. (...)

(TJES, Classe: Habeas Corpus, 100110033428, Relator: CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS - Relator Substituto : JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 15/02/2012, Data da Publicação no Diário: 01/03/2012)

Como bem disse a douta Procuradoria de Justiça em excerto de fls. 478 do parecer da lavra da Dra. Eloiza Helena Chiabai:

(...) Acerca da alegada inversão na ordem de oitiva da testemunha arrolada pelo *Parquet*, Sr. Clemente Francisco Chagas, suas declarações foram tomadas por meio de Precatória e nestes casos o entendimento jurisprudencial é de que não há qualquer irregularidade. (...)

Pelo exposto, na esteira do entendimento proferido pela douta Procuradoria de Justiça, **REJEITO** a preliminar suscitada.
É como voto.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 033090011611 - MONTANHA
APTE: HERCULES FAVARATO
APDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: O SR. DESEMB. ADALTO DIAS TRISTÃO

VOTO

(3ª Preliminar - Nulidade do Feito por Cerceamento de Defesa, uma Vez que o Feito foi sentenciado sem a conclusão do Incidente Declaratório de Nulidade de Depoimento Judicial de uma Testemunha)

O apelante suscita a preliminar de nulidade do processo, por supostamente ter ocorrido cerceamento de Defesa, tendo em vista que não poderia o feito ter sido sentenciado sem a conclusão do Incidente Declaratório de Nulidade de Depoimento Judicial de uma Testemunha.

Após análise acurada do processo, nota-se que tal preliminar não merece guarida, uma vez que tal alegação já foi examinada pelo juízo de primeira instância em decisão que não conheceu do recurso de Embargos de Declaração, fls. 425/425-v, na qual o M.M Juiz de Direito afirma que tal incidente não foi relevante para a decisão proferida por ele, já que não havia necessidade de utilização do depoimento prestado por aquela testemunha para concluir que o apelante deveria ser condenado.

Além disso, não há norma legal que proíba o regular processamento do feito após a inclusão de tal pedido.

Como bem dito pela douta Procuradoria de Justiça em trecho de fls. 479 do parecer proferido pela Dra. Eloiza Helena Chiabai:

(...) o fato da Magistrada *a quo* sentenciar o feito antes da conclusão do que foi identificado como incidente declaratório de nulidade de depoimento judicial, não representou cerceamento de Defesa, eis que não influenciou no posicionamento judicial.

Não fosse somente isso, inexistente vedação legal à manutenção do trâmite processual na pendência de tal procedimento, como devidamente explicitado pela julgadora às fls. 425/425v, ao decidir Embargos Declaratórios opostos pela Defesa. (...)

Portanto, na esteira do entendimento manifestado pela douta Procuradoria de Justiça, **REJEITO** a preliminar argüida.

É como voto.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 033090011611 - MONTANHA
APTE: HERCULES FAVARATO
APDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: O SR. DESEMB. ADALTO DIAS TRISTÃO

V O T O

(4ª Preliminar - Nulidade da Sentença por Ausência de Enfrentamento das Teses Defensivas e por Não haver Descrição dos Argumentos no Relatório)

O recorrente alega preliminarmente a nulidade da sentença de primeiro grau, porque entende que não houve enfrentamento das teses defensivas e porque a r.sentença de primeira instância não descreveu os argumentos defensivos no relatório.

Mais uma vez, é mister ressaltar que a alegação de que a r.sentença monocrática estava viciada por não conter resumo dos fatos, foi analisada na decisão que não conheceu do recurso de Embargos de Declaração, proferida pelo magistrado de primeiro grau, fls. 425/425-v.

Além disso, é prescindível que o magistrado faça menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão condenatória, resta claro que adotou tese contrária.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA EM RAZÃO DE OFÍCIO, EMPREGO OU PROFISSÃO. PENA: 1 ANO, 3 MESES E 3 DIAS DE RECLUSÃO SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. NULIDADE DO PROCESSO. JUNTADA DO LAUDO DE AVALIAÇÃO INDIRETA APÓS AS ALEGAÇÕES FINAIS DEFENSIVAS.

QUESTÃO NÃO SUSCITADA ANTERIORMENTE. PRECLUSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. SENTENÇA SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Eventual nulidade por falta de intimação da defesa para se manifestar sobre o laudo é relativa e sanável e depende de (...) 4.
Para cumprir a determinação constitucional de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

fundamentação das decisões judiciais, é desnecessário que o Magistrado transcreva ou responda a toda sorte de alegações suscitadas no transcorrer do processo penal, bastando que examine as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes, podendo, na fundamentação, apresentar tese contrastante com aquela defendida pelas partes, valer-se da doutrina e da jurisprudência, além, por óbvio, das provas produzidas, desde que fique claro, pela sua exposição, as razões que embasaram o seu convencimento. 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada.

(HC 105.107/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2009, DJe 22/06/2009) (grifo meu)

CRIMINAL. HC. ENTORPECENTES. NULIDADE. OMISSÃO DA SENTENÇA QUANTOS À TESE DA DEFESA DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES QUE DEFERIRAM INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INOCORRÊNCIA. DECRETO CONDENATÓRIO QUE REFUTOU AS ALEGAÇÕES DEFENSIVAS PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. ORDEM DENEGADA.(...)

Não se tem como omissa a sentença condenatória que, embora não se referindo, expressamente, às teses das defesa, fundamenta a condenação com base nos elementos probatórios reputados válidos para caracterizar os crimes narrados na denúncia e sua autoria. Embora seja necessário que o Magistrado aprecie todas as teses ventiladas pela defesa, torna-se despiciendo a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão condenatória, resta claro que o Julgador adotou tese contrária.

Ordem denegada.

(HC 24.534/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2003, DJ 23/06/2003 p. 399) (grifei)

Quanto ao exame das alegações da defesa, é pertinente ressaltar que o juízo de primeiro grau analisou os argumentos defensivos consignados nas Alegações Finais, como resta evidente ao examinar detidamente a r.sentença condenatória de primeiro grau.

Como bem disse a douta Procuradoria de Justiça em excerto de fls. 479/480 do parecer da lavra da Dra. Eloiza Helena Chiabai:

(...) Sobre o enfrentamento das teses defensivas, tem-se que inexistente também qualquer nulidade, eis que as considerações



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

lançadas pela Defesa em Alegações Finais, como se verifica às fls. 310/317, limitaram-se a transcrever depoimentos que, em seu entender, demonstrariam a inexistência da conduta delitiva.

Em face destes argumentos, a Magistrada, rechaçando-os, transcreveu diversos testemunhos quanto às irregularidades cometidas, com o que cumpriu adequadamente seu mister. (...)

Portanto, na esteira do entendimento proferido pela douta Procuradoria de Justiça, **REJEITO** a preliminar suscitada.

É como voto.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 033090011611 - MONTANHA
APTE: HERCULES FAVARATO
APDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: O SR. DESEMB. ADALTO DIAS TRISTÃO

V O T O

(5ª Preliminar - Nulidade da Sentença Parcialidade do Magistrado)

A defesa alega na quinta preliminar a nulidade da r.sentença de primeiro grau, tendo em vista que o magistrado teria proferido juízo condenatório antes da apreciação dos argumentos das partes, já que consignou os efeitos secundários da condenação pelo crime de responsabilidade antes de examinar o mérito da questão.

Não merece ser acolhida a preliminar suscitada, uma vez que o magistrado de primeira instância apenas utilizou um método dialético ao fazer um pequeno intróito sobre o crime de responsabilidade do prefeito para assim, facilitar o entendimento da sentença que foi proferida.

Vale transcrever trecho de fls. 480 do parecer, lançado pela Dra. Eloiza Helena Chiabai;

(...) Sobre a menção feita pela julgadora acerca dos efeitos secundários da condenação por crime de condenação por crime de responsabilidade (fls. 414, verso), inexistente tampouco qualquer nulidade, eis que se trata de mera reprodução do entendimento jurisprudencial sobre o tema e reflexo do tratamento a ser dado ao mesmo na resolução da controvérsia. (...)

Pelo exposto, na linha do pensamento proferido pela douta Procuradoria de Justiça, **REJEITO** a preliminar argüida.

É como voto.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 033090011611 - MONTANHA
APTE: HERCULES FAVARATO
APDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: O SR. DESEMB. ADALTO DIAS TRISTÃO

V O T O

(6ª Preliminar - Nulidade da Sentença por Falta de Fundamentação na Fixação da Pena)

Aduz preliminarmente a defesa a nulidade da sentença por falta de fundamentação no momento da fixação da pena.

Todavia, como a alegação se confunde com a matéria de mérito, deixarei para analisá-la quando examinar a matéria de fundo da questão em debate.

Pelo exposto, **NÃO CONHEÇO** da preliminar suscitada.

É como voto.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 033090011611 - MONTANHA
APTE: HERCULES FAVARATO
APDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: O SR. DESEMB. ADALTO DIAS TRISTÃO

V O T O
(Mérito)

Como foi dito, trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto pela defesa de **HERCULES FAVARATO**, às fls. 435 do feito, em face da r. sentença de fls. 414/417 que o condenou nas iras do artigo 1º, incisos I e II do Decreto-lei nº 201/67, na forma do artigo 71 do CP, à reprimenda de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação pelo prazo de 05 (cinco) anos.

Aduz a denúncia que no ano de 2008, enquanto o apelante exercia as funções próprias do cargo eletivo de prefeito municipal de Montanha/ES, fez uso de veículos públicos municipais no transporte de materiais para construção de duas casas particulares para o mesmo, uma em sua propriedade rural denominada Fazenda Indiana e outra no centro da cidade.

Afirma a exordial que o recorrente utilizou-se de mão de obra de servidores públicos municipais na construção de referidas casas e transportou trabalhadores para a sua propriedade rural no Córrego do Balão em veículo locado pela municipalidade, utilizando-se na condução de referido veículo dos serviços de motorista que era funcionário público municipal.

Assevera também a peça acusatória que tal motorista, que utilizava o veículo citado para transportar os trabalhadores para tal construção, ia diariamente ao centro da cidade para pegar



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

refeições em "marmitex" e as levava para o almoço dos trabalhadores na propriedade rural do apelante.

Em razões recursais de fls. 445/460, a defesa alega que não há provas suficientes para a formação do éditto condenatório e, alternativamente, requer a redução da pena-base fixada acima do mínimo legal com base em formulações genéricas a respeito das circunstâncias judiciais.

Mister colacionar a transcrição do artigo 1º, I e II respectivamente:

São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;

Após detida análise do feito, verifica-se que há no contexto probatório dos autos provas da materialidade e da autoria do delito pelo qual o apelante fora condenado em primeira instância.

A materialidade resta demonstrada pelas notas fiscais localizadas às fls. 130/139 do feito.

A autoria por sua vez revela-se pelos depoimentos testemunhais juntados ao feito e também pelo CD juntado às fls. 13 dos autos.

A testemunha Manoel Das Virgens Santana em depoimento judicial juntado às fls. 148/149 do feito, afirmou que



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

dirigia o caminhão que era locado pela prefeitura municipal e utilizou este caminhão para levar trabalhadores para a fazenda do apelante por mais ou menos seis meses.

Assevera ainda que o caminhão era abastecido no posto 3D e que pegava autorização para abastecer na prefeitura e que já abasteceu o caminhão algumas vezes em nome da prefeitura, que pegava "marmitex" com esse caminhão no restaurante Boldrini e levava para a fazenda do recorrente e que levou algumas vezes material com o caminhão para esta fazenda.

Já a testemunha Leonardo Vieira Santana que trabalhava na loja Agovinhático, revelou em juízo, fls. 195/197 que:

(...) recebeu ordens da gerente para perguntar qual a desatinação do material, sendo que em algumas oportunidades perguntou ao Sr. Manoel e lhe dizia que era para a Fazenda Indiana, em nome da prefeitura, por isso ficava constando tanto a PMM quanto Fazenda Indiana (...)

O Sr. Jayme Ramos Calixto, funcionário público na época, disse na esfera judicial, fls. 150/151, que:

(...) trabalha na prefeitura de Montanha há vinte e nove anos; QUE o encarregado mandou o depoente fazer serviços de pedreiro na fazenda do acusado na construção de ma casa; QUE trabalhou na construção da casa de cinco a seis meses; QUE quem levava o depoente até a fazenda era o Manoel, que dirigia no caminhão de João Passos; QUE o depoente trabalhou na fazenda do acusado mais ou menos de cinco ou seis meses; QUE neste cinco ou seis meses construiu além da casa, dois mata-burro, um galinheiro; QUE recebia o seu salário na conta, mas nunca recebeu dinheiro do acusado pelos serviços; QUE no período que trabalhou não estava de licença ou de férias e sim trabalhando e por isso continuava recebendo o salário pela Prefeitura; QUE Joãozinho



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

Carpinteiro" também trabalhou na fazenda do Sr. Hércules, fazendo engradamento do telhado (...)

(...) QUE o material de construção chegava na fazenda no carro da Prefeitura, ou seja, os carros utilizados pela Prefeitura; QUE os carros levaram para a fazenda areia, lajota, cimento, telhas e outras coisas (...)

Como bem disse a douta Procuradoria de Justiça em trecho de fls. 481 do parecer lançado pela Dra. Eloiza Helena Chiabai:

(...) Restou assim, patenteado que o apelante fez uso indevido de serviços e bens públicos em proveito próprio, na medida em que auferiu benefícios com o trabalho de servidores e com o uso de veículos custeados pelo poder público, para a realização de obras em sua fazenda.

Nesse sentido, a prova é uníssona e extremamente firme e clara em demonstrar que o apelante visou, com a execução da obra, tão-somente, o seu interesse particular, o que é o bastante para comprovação do elemento subjetivo do tipo capitulado no artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67.

Com efeito, o dolo nesta espécie delitativa é específico e, se revela com o simples uso indevido, em desacordo com a lei e regulamentos, para fins diversos aos que sejam públicos, se evidenciando, na hipótese, insuperável e irretorquível, diante do farto conjunto probatório amealhado. (...)

Portanto, está claramente demonstrado que houve por parte do apelante a prática do crime de responsabilidade, nas formas previstas no artigo 1º, I e II do Decreto-lei nº 201/67.

Quanto às alegações feitas na petição de fls. 495/504, verifica-se que estas não merecem guarida, uma vez que não há razão alguma para deferir a pretensão deduzida no que concerne à produção de provas por este relator e encaminhamento dos autos ao Ministério Público.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

Isto porque o processo teve andamento regular com garantia de ampla defesa e contraditório, tendo o réu sido defendido por advogado legalmente constituído.

Ademais, a declaração juntada às fls. 500 dando conta de que o acusado não permaneceu na sala de audiência, não induz a qualquer nulidade, uma vez que o artigo 217 do CPP, possibilita até mesmo que o juiz mande retirar da sala o acusado em determinadas situações. E ao que tudo indica foi o próprio acusado quem optou por permanecer nos corredores, tratando-se de homem esclarecido, pecuarista, ex-prefeito assistido por excelentes advogados.

Oportuno no caso colacionar o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Vejamos:

TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADES. QUEBRA DE INCOMUNICABILIDADE E RETIRADA DO RÉU DO PLENÁRIO NO MOMENTO DA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS.

1. Alegações que não foram objeto de protesto incluídas na ata do julgamento. Preclusão. Ausência do réu justificada pelo temor das testemunhas e com respaldo na lei (CPP, arts. 217 e 497, VI). 2. Habeas corpus indeferido.

(HC 87588, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/04/2006, DJ 30-06-2006 PP-00035 EMENT VOL-02239-02 PP-00214 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 452-458 RT v. 95, n. 854, 2006, p. 522-525) (...) **1. O paciente foi retirado da sala de audiências a pedido da testemunha de acusação, em conformidade com o disposto no art. 217 do Código de Processo Penal. 2. Não foi demonstrado o prejuízo causado e a defesa não se opôs no momento oportuno, ocorrendo a preclusão da suposta nulidade. 3. O Processo Penal, em tema de nulidades, é regido pelo preceito fundamental pas de nullité sans grief,**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP e pela jurisprudência na Súmula 523/STF.

4. Ordem denegada.

(HC 140.361/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010).

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE. RETIRADA DO ACUSADO DA SALA DE AUDIÊNCIAS. CONSTRANGIMENTO À TESTEMUNHA. ART. 217 CPP. PRESENÇA DO DEFENSOR. DEFESA E CONTRADITÓRIO RESPEITADOS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. O artigo 217 do Código de Processo Penal faculta ao juiz a retirada do acusado da sala de audiências se verificar que a sua presença poderá influir no ânimo da testemunha de modo que prejudique a verdade do depoimento, prosseguindo a inquirição com a presença de seu defensor, como ocorreu na hipótese.

2. Ademais, consolidou-se na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a ausência física do denunciado em audiência de oitiva de testemunhas, na qual compareceu o seu defensor, somente é causa de nulidade processual se comprovado o prejuízo oriundo do seu não comparecimento ao ato.

3. Inviável acolher-se a eiva articulada se não restou demonstrado nos autos que o ato procedido na sua ausência acarretou prejuízo à defesa, requisito indispensável para o reconhecimento da mácula segundo o princípio do pas de nullité sans grief, positivado no art. 563 do CPP.

4. Ressalta-se que, atualmente, até mesmo em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida.

(HC 100.641/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 16/11/2010).

(...) O art. 217 do CPP faculta ao juiz a inquirição da vítima, sem a presença do acusado, desde que



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

devidamente representado por seu defensor, quando aquela manifesta constrangimento para depor em tal circunstância.

4. Ainda que a ausência do acusado no depoimento da vítima viesse a configurar nulidade, esta seria relativa e, como tal, exigiria a efetiva demonstração de prejuízo. Precedentes do STJ.

(...)

(HC 166.736/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 04/06/2012)

No que diz respeito às declarações no sentido de que ocorreu coação às testemunhas da defesa também não encontram qualquer ressonância com as provas dos autos, eis que os dois experientes e cultos Drs. Advogados constituídos à época dos fatos, - os Drs. Edison Viana dos Santos e Elias Barbosa Júlio -, estavam presentes na Audiência feita em primeira instância, e não formularam qualquer protesto ou reclamação, conforme se infere nos Termos de Audiência de fls. 140/141 do feito. Incidindo com isso o instituto da preclusão.

As declarações por escritura pública levadas à efeito em Minas Gerais também não ensejam o deferimento do pedido formulado agora pela douta defesa, porque além dos inúmeros depoimentos escritos, foram juntados ao feito um CD, fls. 10 dos autos com a oitiva de pessoas que trabalharam na obra, não sendo o caso da aplicação do artigo 616 do CPP.

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

(...) Natureza das Diligências: devem ser meramente supletivas, voltadas ao esclarecimento de dúvidas dos julgadores de segunda instância, não podendo extrapolar o âmbito das provas já produzidas, alargando o campo da matéria em debate, pois isso configuraria nítida supressão de instância e causa de nulidade. É inadmissível o procedimento do tribunal de produzir novas provas, das quais não tem - e não teve por ocasião da sentença - ciência o



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

juiz de primeiro grau, julgando o recurso com base nelas. Assim fazendo, não estará havendo duplo grau de jurisdição, mas uma única - e inédita - decisão, da qual não poderão as partes recorrer. (...)

(NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 10.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.1048).

Pertinente consignar jurisprudência do STJ sobre a matéria:

HABEAS CORPUS. PECULATO (ARTIGO 312 DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DE APELAÇÃO CRIMINAL PARA A JUNTADA DE PROVA AINDA NÃO PRODUZIDA. DEFERIMENTO DA ANEXAÇÃO AOS AUTOS DOS DOCUMENTOS PRETENDIDOS PELO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

(...) **3. A conversão do julgamento em diligência em segunda instância se trata uma faculdade, e não uma obrigação do órgão julgador, motivo pelo qual não se vislumbra ilegalidade na decisão que indeferiu a paralisação do julgamento do apelo até a juntada de documentos pelo paciente. Precedentes.** (...)

(HC 116.075/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 30/06/2011).

No que tange à alegação de nulidade da sentença por falta de fundamentação no momento de fixação da pena, esta não merece prosperar, já que a despeito de ser sucinta, a dosimetria foi fundamentada de forma adequada, salvo no que tange aos motivos e circunstâncias do crime que foram motivados de forma abstrata e quanto às conseqüências extrapenais, já que tais circunstâncias são inerentes ao delito e não podem ser sopesadas negativamente sob pena de *bis in idem*.

Não houve portanto, falta de fundamentação, mas sim uma atecnia em três das circunstâncias judiciais. Logo, não há que



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

se falar em anulação da sentença, mas em redução da pena-base aplicada.

Vale ressaltar, todavia, que para que a pena-base seja fixada no mínimo legal, há necessidade de que todas as circunstâncias judiciais do réu sejam favoráveis, o que não ocorreu no caso em tela.

Neste sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 33 DA LEI 11.343/06 - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DEPOIMENTO DOS POLICIAIS - VALIDADE - FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL DE FECHADO PARA ABERTO - CABIMENTO - SUBSTITUIÇÃO DA PENAL PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - MEDIDA QUE SE IMPÕE - REDEFINIÇÃO DA TEMÁTICA PELO PRETÓRIO EXCELSO NO HC 97256. REQUISITOS DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL OBSERVADOS - APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (...). Para ser aplicada a pena-base no mínimo legal é indispensável que todas as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal sejam favoráveis ao apelante, o que pelo fato de não ocorrer no presente caso, levou a Magistrada sentenciante a fixar a pena acima do mínimo legal. (...)

(TJES, Classe: Apelação Criminal, 48100071934, Relator : ADALTO DIAS TRISTÃO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 11/05/2011, Data da Publicação no Diário: 20/05/2011)

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 12, § 2o., III E ART. 14, AMBOS DA LEI 6.368/76). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (5 ANOS PARA CADA CRIME) E ASSIM FIXADA. PENA TOTAL: 10 ANOS DE RECLUSÃO,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

EM REGIME INICIAL FECHADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PERSONALIDADE, CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME, QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA (42 QUILOS DE MACONHA). PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

(...) 2. No caso dos autos, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi realizada de forma proporcional e suficientemente justificada, em razão do reconhecimento de algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, a personalidade, as conseqüências do crime, a quantidade e a natureza da droga apreendida (42 quilos de maconha), inexistindo qualquer ilegalidade na espécie. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada.

(HC 186.268/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 18/05/2011)

Não há outros reparos a serem feitos na dosimetria confeccionada pelo juízo *a quo*, uma vez que as demais etapas foram feitas na forma da lei - artigos 59 e 68 do CP.

Pelo exposto, na esteira do raciocínio exposto pela douta Procuradoria de Justiça, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao presente recurso de Apelação Criminal, apenas para que a pena-base fixada em primeira instância seja reduzida, mantendo-se os demais termos da r.sentença de primeiro grau.

Passo pois à dosimetria.

Mantenho a análise das circunstâncias judiciais feitas em primeiro grau, salvo no que tange àquelas relacionadas às circunstâncias judiciais do motivo, circunstâncias e conseqüências do crime. Logo, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão.

Não há atenuantes ou agravantes a serem sopesadas.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

Inexistem causas de diminuição, todavia incide a causa de aumento prevista no artigo 71 do CP, motivo pelo qual mantenho o aumento da pena feito em primeiro grau, qual seja, em 1/6 (um sexto), elevando a reprimenda para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a qual torno definitiva, ante a ausência de outras causas de aumento.

O regime inicial de cumprimento da pena será o aberto, por força da previsão do artigo 33, § 2º, "c" do CP.

Tendo em vista estarem presentes os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem determinadas pelo juízo das Execuções Penais.

Mantenho a inabilitação do apelante pelo prazo de 05 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público, como dispõe o artigo 1º, § 2º do Decreto-Lei nº 201/67.

Mantenho os demais termos da r.sentença de primeiro grau.

É como voto.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 033090011611 - MONTANHA
APTE: HERCULES FAVARATO
APDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: O SR. DESEMB. ADALTO DIAS TRISTÃO

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ARTIGO 1º, I e II DO DECRETO LEI 201/67 NA FORMA DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL - PRELIMINARES -1) A NULIDADE DO PROCESSO POR TER OCORRIDO O INTERROGATÓRIO DO APELANTE ANTES DA COLHEITA DA PROVA TESTEMUNHAL; 2) A NULIDADE DO FEITO POR TER OCORRIDO A OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO APÓS A OITIVA DA TESTEMUNHA DE DEFESA; 3) NULIDADE DO PROCESSO POR TER SIDO PROFERIDA SENTENÇA SEM QUE FOSSE EXAMINADO O INCIDENTE DECLARATÓRIO DE NULIDADE DE DEPOIMENTO JUDICIAL; 4) NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE EXAME DAS ALEGAÇÕES FEITAS EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS E POR NÃO TER NA SENTENÇA O RESUMO DAS ALEGAÇÕES DEFENSIVAS; 5) NULIDADE DA SENTENÇA POR DEMONSTRAÇÃO DA PARCIALIDADE DO MAGISTRADO AO CONSIGNAR FRASE SOBRE OS EFEITOS SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO PELO CRIME DE RESPONSABILIDADE ANTES MESMO DE EXAMINAR O MÉRITO DO PROCESSO. REJEITADAS - 6) NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO MOMENTO DA FIXAÇÃO DA PENA. - NÃO CONHECIDA - MÉRITO - 1) ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS - AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESTES - 2) INEXISTÊNCIA DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 616 DO CPP - - 3) REDUÇÃO DA PENA APLICADA - A PENA-BASE APLICADA MERECE REPARO NO QUE TANGE A TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

Preliminares: 1) Após o interrogatório do recorrente, ocorreu apenas a oitiva de uma testemunha, que ressalta-se era de defesa que foi prestada em Precatória cumprida na Comarca de Medeiros Neto/BA, local em que estava presente o apelante assistido por seu advogado. Ademais, a defesa em nenhum momento demonstrou terem ocorrido prejuízos ao apelante, como prevêm os artigos 563 e 571, II, ambos do CPP. - 2) o entendimento jurisprudencial é que é possível ocorrer a inversão na ordem de oitiva da testemunha quando feitas por Carta Precatória. - 3) Esta alegação já foi examinada pelo juízo de primeira instância em decisão que não conheceu do recurso de Embargos de Declaração, na



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

qual o M.M Juiz de Direito afirma que tal incidente não foi relevante para a decisão proferida por ele, já que não havia necessidade de utilização do depoimento prestado por aquela testemunha para concluir que o apelante deveria ser condenado. Além disso, não há norma legal que proíba o regular processamento do feito após a inclusão de tal pedido. - 4) A alegação de que a r.sentença monocrática estava viciada por não conter resumo dos fatos, foi analisada na decisão que não conheceu do recurso de Embargos de Declaração, proferida pelo magistrado de primeiro grau. Além disso, é prescindível que o magistrado faça menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão condenatória, resta claro que adotou tese contrária. - 5) O magistrado de primeira instância apenas utilizou um método dialético ao fazer um pequeno intróito sobre o crime de responsabilidade do prefeito para assim, facilitar o entendimento da sentença que foi proferida. - 6) A preliminar se confunde com o mérito da questão jurídica.

Mérito: 1) Há provas incontestes da autoria e materialidade da prática do delito pelo qual o apelante fora condenado em primeira instância. - 2) Não se trata de caso de aplicação do artigo 616 do CPP - 3) Não há que se falar em nulidade da sentença por falta de fundamentação no momento de fixação da pena, pois a despeito de ser sucinta, a dosimetria foi fundamentada de forma adequada, salvo no que tange aos motivos e circunstâncias do crime que foram motivados de forma abstrata e quanto às conseqüências extrapenais, já que tais circunstâncias são inerentes ao delito e não podem ser sopesadas negativamente sob pena de *bis in idem*. Não houve portanto, falta de fundamentação, mas sim uma atecnia em três das circunstâncias judiciais. Logo, não há que se falar em anulação da sentença, mas em redução da pena-base aplicada. Vale ressaltar, todavia, que para que a pena-base seja fixada no mínimo legal, há necessidade de que todas as circunstâncias judiciais do réu sejam favoráveis, o que não ocorreu no caso em tela.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL Nº 033090011611, em que é apelante HERCULES FAVARATO e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL;

ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Criminal, na conformidade da ata e notas taquigráficas da Sessão, à unanimidade de votos, rejeitar as cinco primeiras preliminares suscitadas, não conhecer da sexta preliminar e, no mérito, por igual votação, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Vitória, de 2012.

PRESIDENTE/RELATOR



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 033090011611 - MONTANHA
APTE: HERCULES FAVARATO
APDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: O SR. DESEMB. ADALTO DIAS TRISTÃO

D E C I S Ã O

HERCULES FAVARATO, através do seu douto advogado, protocolou a petição localizada às fls. 495/504 do feito, juntando duas escrituras públicas com declarações firmadas em Cartório da cidade de Nanuque/MG, além de uma declaração particular de Advogado.

Requer sejam enviados os documentos ao Ministério Público, a oitiva de referidas pessoas, bem como a possibilidade de produzir novas alegações.

Analisei detidamente as razões deduzidas pela defesa, bem como o conteúdo das declarações juntadas.

Da análise levada a efeito, concluo *concessa venia*, não existir a mínima razão para deferir a pretensão deduzida no que concerne à produção de provas por este relator e encaminhamento dos autos ao Ministério Público.

O processo teve andamento regular com garantia de ampla defesa e contraditório, tendo o réu sido defendido por advogado legalmente constituído.

A declaração juntada às fls. 500 dando conta de que o acusado não permaneceu na sala de audiência, não induz a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalberto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

qualquer nulidade, uma vez que o artigo 217 do CPP, possibilita até mesmo que o juiz mande retirar da sala o acusado em determinadas situações.

E ao que tudo indica foi o próprio acusado quem optou permanecer nos corredores, tratando-se de homem esclarecido, pecuarista, ex-prefeito assistido por excelentes advogados.

Oportuno no caso colacionar o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Vejamos:

TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADES. QUEBRA DE INCOMUNICABILIDADE E RETIRADA DO RÉU DO PLENÁRIO NO MOMENTO DA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. 1. Alegações que não foram objeto de protesto incluídas na ata do julgamento. Preclusão. Ausência do réu justificada pelo temor das testemunhas e com respaldo na lei (CPP, arts. 217 e 497, VI). 2. Habeas corpus indeferido.

(HC 87588, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/04/2006, DJ 30-06-2006 PP-00035 EMENT VOL-02239-02 PP-00214 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 452-458 RT v. 95, n. 854, 2006, p. 522-525)

(...) 1. O paciente foi retirado da sala de audiências a pedido da testemunha de acusação, em conformidade com o disposto no art. 217 do Código de Processo Penal.

2. Não foi demonstrado o prejuízo causado e a defesa não se opôs no momento oportuno, ocorrendo a preclusão da suposta nulidade.

3. O Processo Penal, em tema de nulidades, é regido pelo preceito fundamental *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP e pela jurisprudência na Súmula 523/STF.

4. Ordem denegada.

(HC 140.361/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010).

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE. RETIRADA DO ACUSADO DA SALA DE AUDIÊNCIAS. CONSTRANGIMENTO À TESTEMUNHA. ART. 217 CPP. PRESENÇA DO DEFENSOR. DEFESA E CONTRADITÓRIO RESPEITADOS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1. O artigo 217 do Código de Processo Penal faculta ao juiz a retirada do acusado da sala de audiências se verificar que a sua presença poderá influir no ânimo da testemunha de modo que prejudique a verdade do depoimento, prosseguindo a inquirição com a presença de seu defensor, como ocorreu na hipótese.

2. Ademais, consolidou-se na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a ausência física do denunciado em audiência de oitiva de testemunhas, na qual compareceu o seu defensor, somente é causa de nulidade processual se comprovado o prejuízo oriundo do seu não comparecimento ao ato.

3. Inviável acolher-se a eiva articulada se não restou demonstrado nos autos que o ato procedido na sua ausência acarretou prejuízo à defesa, requisito indispensável para o reconhecimento da mácula segundo o princípio do pas de nullité sans grief, positivado no art.

563 do CPP.

4. Ressalta-se que, atualmente, até mesmo em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida.

(HC 100.641/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 16/11/2010).

(...) O art. 217 do CPP faculta ao juiz a inquirição da vítima, sem a presença do acusado, desde que devidamente representado por seu defensor, quando aquela manifesta constrangimento para depor em tal circunstância.

4. Ainda que a ausência do acusado no depoimento da



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

vítima viesse a configurar nulidade, esta seria relativa e, como tal, exigiria a efetiva demonstração de prejuízo. Precedentes do STJ.

(...)

(HC 166.736/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 04/06/2012)

As demais declarações no sentido de que ocorreu coação às testemunhas da defesa também não encontram qualquer ressonância com as provas dos autos, eis que os dois experientes e cultos Drs. Advogados constituídos à época dos fatos, - os Drs. Edison Viana dos Santos e Elias Barbosa Júlio -, estavam presentes na Audiência feita em primeira instância, e não formularam qualquer protesto ou reclamação, conforme se infere nos Termos de Audiência de fls. 140/141 do feito. Incidindo com isso, o instituto da preclusão.

As declarações por escritura pública levadas à efeito em Minas Gerais também não ensejam o deferimento do pedido formulado agora pela douta defesa.

Isto porque além dos inúmeros depoimentos escritos, foram juntados ao feito um CD, fls. 10 dos autos com a oitiva de pessoas que trabalharam na obra, não sendo o caso da aplicação do artigo 616 do CPP.

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

(...) Natureza das Diligências: devem ser meramente supletivas, voltadas ao esclarecimento de dúvidas dos julgadores de segunda instância, não podendo extrapolar o âmbito das provas já produzidas, alargando o campo da matéria em debate, pois isso configuraria nítida supressão de instância e causa de nulidade. É inadmissível o procedimento do tribunal de produzir novas provas, das quais não tem - e não teve por ocasião da sentença - ciência o juiz de primeiro grau, julgando o recurso com base nelas. Assim fazendo, não estará havendo duplo grau de jurisdição,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

mas uma única - e inédita - decisão, da qual não poderão as partes recorrer. (...) NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 10.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.1048.

Pertinente colacionar jurisprudência do STJ sobre a matéria:

HABEAS CORPUS. PECULATO (ARTIGO 312 DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DE APELAÇÃO CRIMINAL PARA A JUNTADA DE PROVA AINDA NÃO PRODUZIDA. DEFERIMENTO DA ANEXAÇÃO AOS AUTOS DOS DOCUMENTOS PRETENDIDOS PELO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

(...) 3. A conversão do julgamento em diligência em segunda instância se trata uma faculdade, e não uma obrigação do órgão julgador, motivo pelo qual não se vislumbra ilegalidade na decisão que indeferiu a paralisação do julgamento do apelo até a juntada de documentos pelo paciente. Precedentes. (...)

(HC 116.075/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 30/06/2011).

É de se realçar que o presente pedido foi protocolado apenas dois dias antes do julgamento, quando o processo já estava em pauta. Merece ser ressaltado que a declaração do advogado Elias Barbosa Julio é datada de 21 de junho de 2012 e as escrituras públicas com declarações estão datadas de 09 de novembro de 2011, somente trazida aos autos há dois dias.

Inclusive é bom ressaltar que o Sr. João Passos bem como o Sr. José Luiz da Silva prestaram declaração nos autos sobre o crivo do contraditório, conforme demonstrado às fls. 147 e fls. 159/160 dos autos, inexistindo razão para ouvi-los novamente, mormente quando o julgamento da apelação está previsto para hoje.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
Gabinete Desembargador Adalto Dias Tristão
2ª Câmara Criminal

Ante o exposto, não vislumbro pelos documentos trazidos, a menor necessidade de se postergar o julgamento, não sendo caso de aplicabilidade do artigo 616 do Código de Processo Penal.

Indefiro pois, a pretensão deduzida, mantendo o processo em pauta de julgamento.

Comunique-se via fax.

Vitória, 08 de agosto de 2012.

ADALTO DIAS TRISTÃO
Desembargador Relator