

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JULIA STANGE AZEVEDO MOULIN

**ANÁLISE DA NULIDADE DA AUSÊNCIA DO MEMBRO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E
JULGAMENTO: RELATIVA OU ABSOLUTA?**

VITÓRIA

2018

JULIA STANGE AZEVEDO MOULIN

**ANÁLISE DA NULIDADE DA AUSÊNCIA DO MEMBRO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E
JULGAMENTO: RELATIVA OU ABSOLUTA?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Raphael Boldt de Carvalho.

VITÓRIA

2018

RESUMO

O presente trabalho objetiva abordar a natureza da nulidade decorrente da ausência do representante do Ministério Público na audiência de instrução e julgamento. Após exposição de temas pertinentes à solução da problemática, como diferenças entre sistemas processuais penais – inquisitório, acusatório e misto; princípios constitucionais penais – devido processo legal, imparcialidade, acusatório, contraditório, igualdade das partes e duração razoável do processo; além da compreensão do sistema de nulidades no Brasil, por meio do método dialético, contrapõe posicionamentos encontrados na doutrina no âmbito processual penal e na jurisprudência pátria. De um lado, há quem defenda tratar-se de nulidade relativa e, por outro, nulidade absoluta. Demonstra que o tema ainda não é pacificado no Brasil. Sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito, ressalta a importância da busca por um julgamento justo e efetivo em observância ao devido processo legal e aos direitos e garantias fundamentais. Propõe a existência de intimação prévia ou não do membro do Ministério Público para a referida audiência como critério de definição do tipo de nulidade a ser reconhecida judicialmente, caso haja prejuízo para a parte, observando sempre as regras das nulidades relativas e absolutas para sua caracterização no caso concreto.

Palavras-chave: Ausência do Ministério Público. Audiência de Instrução e Julgamento. Prejuízo. Nulidade absoluta. Nulidade relativa. Intimação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	07
1.1 SISTEMA INQUISITÓRIO	09
1.2 SISTEMA ACUSATÓRIO	11
1.3 SISTEMA MISTO	13
2 PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL ENVOLVIDOS NA PROBLEMÁTICA	15
2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL	15
2.2 IMPARCIALIDADE	16
2.3 ACUSATÓRIO	21
2.4 CONTRADITÓRIO	22
2.5 IGUALDADE DAS PARTES	26
2.6 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	27
3 SISTEMA DE NULIDADES NO BRASIL	29
3.1 ENTENDIMENTO LEGAL E DOUTRINÁRIO	32
3.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

Na jurisprudência processual penal, ainda não há pacificação quanto à espécie de nulidade gerada pela ausência de participação de membro do Ministério Público (MP) na Audiência de Instrução e Julgamento (AIJ), se absoluta ou relativa.

Sobre o tema, há decisões nos dois sentidos, ora entendendo necessário anular os atos praticados desde a audiência, - eis que o ato de inquirir as testemunhas pelo Representante do MP é essencial, gerando, na sua ausência, nulidade absoluta -; ora considerando se tratar de nulidade relativa, aplicando-se a regra *pas de nullité sans grief*, em que nenhum ato será considerado nulo, se da nulidade não ocasionar prejuízo para a acusação ou defesa, devendo o prejuízo ser demonstrado.

O interesse no objeto da pesquisa surgiu a partir de um impasse em um caso específico, durante a realização de estágio em gabinete criminal no Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Na ocasião, foi interposto recurso de apelação pelo Ministério Público Estadual, que suscitava como preliminar a ausência de membro do Ministério Público na audiência de instrução e julgamento, entendendo necessário anular o feito a partir da data da referida audiência, por se tratar de nulidade absoluta.

Em síntese, o MPES argumentou que, apesar de intimado, não pode comparecer à audiência de instrução e julgamento, razão pela qual a MM. Magistrada não deveria ter realizado a audiência, por violar os princípios do contraditório, acusatório e da igualdade das partes.

Sustentou, ainda, que não foi oportunizado ao Ministério Público formular as perguntas necessárias à sustentação da tese acusatória, representando um desequilíbrio entre a defesa e a acusação. Para contextualizar o leitor, o MPES havia denunciado o réu pelo crime de tráfico de drogas e, na sentença, a juíza desclassificou para uso, por não ter provas suficientes em juízo de que o sujeito traficava, somente perante a autoridade policial. Inconformado, o MPES recorreu, afirmando que sofreu prejuízo por não estar presente na audiência e, desse modo, não pôde inquirir as testemunhas arroladas.

Após discussão com os assessores e pesquisas jurisprudenciais sobre o tema, foi possível perceber que praticamente todos os julgados encontrados tratavam de eventuais prejuízos suportados pelo réu em razão da ausência do MPES na AIJ. Porém, quanto ao suposto prejuízo sofrido pela acusação e violação ao contraditório, pouco se discutia. Assim, percebeu-se a importância de uma sistematização dos paradigmas nesse campo, com repercussões não apenas teóricas, mas, sobretudo, práticas.

Dessa forma, partindo de uma nova perspectiva, da acusação, o presente trabalho possui como norte a teoria das nulidades, sob a ótica do processo acusatório e os direitos e garantias constitucionais. Busca responder ao seguinte questionamento: nos crimes de ação penal pública, a ausência do Representante do Ministério Público na audiência de instrução e julgamento gera nulidade relativa ou absoluta?

O trabalho é composto por três capítulos expositivos e um conclusivo.

No primeiro capítulo, será abordado o conceito de sistemas processuais penais, por meio de uma breve análise histórica, diferenciando os sistemas inquisitório, acusatório e misto. Frisa-se que o intuito não é de esgotar o tema, mas sim identificar os elementos caracterizadores de cada um. A partir de então será possível verificar o papel de cada sujeito processual penal e as possíveis nulidades decorrentes de seus atos, à luz do sistema constitucional penal brasileiro.

Considerando haver estrita relação entre o sistema de nulidades e o de direitos e garantias constitucionais, vez que, por trás de cada forma processual, há um direito ou garantia constitucional a ser tutelada, no segundo capítulo desenvolver-se-ão os princípios envolvidos na problemática, quais sejam, devido processo legal, imparcialidade, contraditório, igualdade das partes, acusatório e duração razoável do processo.

No terceiro capítulo, compreender-se-á o conceito de nulidades e suas espécies, delimitando o estudo às nulidades absolutas e relativas. Ultrapassada essa questão, passa-se a analisar, por meio de entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial, qual

o tipo de nulidade ocorreria nos casos em que, apesar de intimado, o Representante do Ministério Público se ausenta na audiência de instrução e julgamento e o magistrado dá prosseguimento à audiência, substituindo o acusador no que entender necessário.

No desenvolver da pesquisa, serão utilizados dados e informações preexistentes, como livros, artigos científicos, legislação, jurisprudência e recomendações do CNJ contendo as informações necessárias para a elaboração do estudo. Como serão analisadas questões referentes aos sistemas processuais penais, princípios constitucionais e as nulidades no processo penal, é imprescindível buscar o conhecimento já produzido nos materiais que tratam sobre os referidos pontos, por ser mais vantajoso para o estudo.

O método de raciocínio mais adequado para desenvolver o trabalho é o dialético, pois “trata-se de um processo dinâmico e altamente sofisticado do modo de raciocinar, já que o resultado da auto transformação dialética já se reapresenta em si mesmo com uma nova proposição, uma nova fase.”¹

Tal metodologia adequa-se ao presente estudo em razão da contraposição de ideias. De um lado, há quem entenda que a nulidade decorrente da ausência do Promotor de Justiça na audiência de instrução e julgamento é relativa e, por outro lado, há quem defenda a ideia de ser nulidade absoluta. Para responder à problemática posta, a oposição de ideias será essencial, de modo que a conclusão será proposta por meio de uma fundamentação consistente, em que determinadas ideias serão refutadas.

O tipo de dialética que mais se aproxima ao estudo em questão é o adotado por Hegel, que consiste em abordar a problemática na forma de tese e antítese, contrapondo-as, para chegar à transcendência de ambas, com a síntese. Por isso, a noção hegeliana de dialética será utilizada como método de raciocínio, colocando os objetos de análise em contraposição, a fim de chegar a uma conclusão de forma racional e fundamentada.

¹ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Não há pena sem processo. O Estado-juiz tem a obrigação de dar uma resposta ao crime, por ter assumido para si a resolução dos conflitos ocorridos na sociedade, vedando a autotutela. Tentando reconstituir um fato histórico, o Estado atua por meio do processo penal, que é regrado por diversos princípios fundamentais que limitam o poder persecutório estatal.

Nesse contexto, a escolha histórica de retirar do particular o poder de fazer justiça com as próprias mãos traz, ao Estado, a responsabilidade de realizar um julgamento justo.

De acordo com Aury Lopes, há três sujeitos e duas partes processuais: parte ativa ou acusador (quem formula a pretensão acusatória), parte passiva ou acusado (contra quem é formulada a pretensão acusatória) e o órgão jurisdicional destinatário (ante quem é formulada a pretensão acusatória). O órgão jurisdicional não é parte, ainda que sujeito da relação processual, pois ocupa uma posição superior em relação às partes e ante ele – como destinatário – é formulada a pretensão.²

Sintetizando, Marcão afirma que caberá ao Ministério Público acusar, por ser o titular do direito de ação na generalidade dos casos; a defesa deve ser efetiva e desempenhada por profissional habilitado como advogado ou Defensor Público; e, por fim, a presidência do processo e o julgamento final são da competência do Poder Judiciário, por seus magistrados.³

Como a discussão sobre a origem do Ministério Público causa polêmica, é interessante dar um salto no tempo, definir o instituto e traçar suas funções na realidade brasileira, de uma forma mais didática.

² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 738.

³ MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

É correto dizer que a figura do Ministério Público surgiu como resposta e limite aos abusos inquisitoriais, a fim de separar as funções de acusar e julgar, que eram concentradas no juiz.

Na seara penal, o Ministério Público atua na repressão dos crimes, sempre dentro das regras estabelecidas no Estado de Direito. No plano ideal, o Ministério Público exerce um papel de extrema relevância, por representar o Estado, que é titular do dever de punir, e defender a legalidade democrática.

Quanto aos magistrados, importante destacar que a imparcialidade constitui validade para a atuação judicial, por ser inerente ao próprio conceito de jurisdição. Significa que o juiz não pode ter interesse pessoal em relação às partes, do início ao término do processo, deve adotar uma postura de mero espectador.

No que tange à imparcialidade do juiz durante o processo, Casara e Melchior entendem que

a maior garantia para a imparcialidade endoprocessual, isto é, a imparcialidade no curso do *iter* processual penal, é a inércia do órgão julgador, que, somada ao correlato ativismo do Ministério Público e ao fato de a gestão da prova estar nas mãos das partes, garante o distanciamento necessário ao julgamento e à justiça da decisão no sistema processual penal acusatório.⁴

Marcão, por sua vez, enfatiza a importância da imparcialidade relacionando-a com os elementos e princípios do sistema processual penal, vejamos:

de nada adianta a adoção de um sistema de processo penal atrelado a diversos princípios fundamentais, especialmente a garantia de legalidade, as exigências do devido processo legal, do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, se o julgamento da pretensão não for proferida por órgão imparcial.⁵

Considerando que a imparcialidade é essência do conceito de jurisdição, para garantir um juiz imparcial foi criado um sistema de garantias e proibições, previsto no art. 93

⁴ CASARA, Rubens Roberto Rebello; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Vol. 1: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 143.

⁵ MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

da Constituição Federal de 1988, em que o juiz tem o poder de cumprir seu dever constitucional.

Por fim, tem-se a figura processual do réu. É considerado o protagonista no âmbito penal, cercado de direitos e garantias fundamentais para que o julgamento seja efetivamente justo, evitando a prática de abusos estatais. Apesar de ser o protagonista processual, é considerado a parte mais débil, vulnerável, razão pela qual incide o brocardo *in dubio pro reo*, em que, na dúvida deve-se julgar em favor do réu.

Ao compreender o papel de cada sujeito processual, faz-se necessário analisar as diferenças entre os sistemas processuais penais, quais sejam, inquisitório, acusatório e misto no ordenamento jurídico, para adentrar na discussão de possíveis nulidades decorrentes da conduta de determinado sujeito processual no sistema em vigor atualmente.

De forma geral, sistema pode ser entendido como “um conjunto de elementos independentes, ou melhor, um conjunto de elementos relacionados entre si (juntados), que formam uma unidade, um todo orgânico, a partir de determinado princípio”.⁶

Assim, sistema é a junção de elementos comuns entrelaçados e direcionados a um determinado fim.

1.1 SISTEMA INQUISITÓRIO

No século XIII, durante a Idade Média, vigorava o sistema inquisitório (ou inquisitivo), época marcada pela forte influência da Igreja Católica Romana, que concentrava todo o poder em suas mãos. A Santa Inquisição ou Santo Ofício era uma tribunal eclesiástico, criado para investigar e condenar as pessoas consideradas subversivas, que contrariavam os preceitos da Igreja. Sobre a figura do juiz no sistema inquisitório, na concepção de Aury Lopes Júnior:

⁶ CASARA, Rubens Roberto Rebello; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Vol. 1: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 63.

é da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.⁷

Dessa forma, no sistema inquisitório há a concentração das funções de acusar e julgar na mesma pessoa, o inquisidor. Pauta-se no princípio da autoridade, em que, quanto maior o poder conferido ao inquisidor, mais acertada será a verdade.

Nesse sistema, a iniciativa é total do juiz, desde a introdução dos fatos, à direção do processo, passando pela instrução probatória até o sancionamento do culpado.

Nas palavras de Rubens Casara e Antônio Melchior, o sistema processual inquisitivo é

(...) regido pelo *princípio inquisitivo*, no qual a análise de seus diversos elementos aponta para a concentração de poderes na Agência Judicial, a despersonalização do réu e a gestão da prova nas mãos do juiz. Esse modelo atende, portanto, às ideias de fortalecimento do Estado e de prevalência dos interesses abstratos da coletividade em detrimento dos interesses concretos individuais.⁸

Assim, no modelo inquisitivo há verdadeiro monopólio do *actum trium personarum*, o que traduz flagrante violação ao princípio da imparcialidade do juiz.

Marcão menciona algumas características do processo de modelo inquisitivo, aduzindo que:

normalmente é secreto, alheio às garantias de ampla defesa, do contraditório, igualdade de partes e devido processo legal. Contenta-se com sistema de provas tarifadas, em que a confissão tem valor absoluto (é considerada a rainha das provas) sobre qualquer outro meio de prova e, não raras vezes, é obtida mediante emprego de violência física ou psicológica (...).⁹

⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 42.

⁸ CASARA, Rubens Roberto Rebello; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Vol. 1: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 87.

⁹ MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Ou seja, no sistema inquisitivo o réu não é visto como um sujeito de direitos, mas sim como objeto de perseguição na qual se desconhece sua dignidade.

Diante do exposto, o referido sistema foi desacreditado por ser praticamente impossível alcançar a justiça quando a mesma pessoa exerce funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.

Mesmo o referido sistema ser fadado ao insucesso pelas razões expostas, Gilberto Thums sustenta que o sistema brasileiro é um modelo inquisitorial, “a partir do tratamento dispensado às partes, da importância conferida ao interrogatório, da forma como o enfoque sobre a verdade e do princípio da correlação”.¹⁰

Porém, diversos outros autores entendem vigorar no Brasil o sistema penal acusatório, que será abordado logo em seguida.

1.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

No sistema acusatório (também conhecido como sistema de partes), diferentemente do inquisitivo, há a separação das funções de julgar e acusar, durante todo o processo. Ao acusador (Ministério Público, na maioria das vezes), recai o dever de acusar e, ao juiz, julgar de forma imparcial o acusado, como um mero espectador, deixando que a gestão probatória seja dirigida pelas partes. Dessa forma, cada sujeito possui seu papel no sistema acusatório, não havendo mais a concentração de funções nas mãos do juiz.

Para Geraldo Prado, não basta que o acusador denuncie o sujeito pela prática de determinado crime e que o juiz julgue a acusação, é preciso que cada sujeito exerça seu papel tal qual deveria ser, em que o acusador acusa o sujeito, seu advogado o defende, e o juiz, de forma imparcial, julga, seguindo essa dinâmica em todas as fases do processo. Vejamos:

¹⁰ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais – Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. xxiii.

a natureza verdadeiramente acusatória de um princípio constitucional demanda, para verificar-se, não só a existência de uma acusação (mesmo os procedimentos inquisitoriais podem conviver com uma acusação) mas tanto, e, principalmente, que esta acusação revele uma alternativa de solução do conflito de interesses penal oposta à alternativa deduzida do direito de defesa, ambas, entretanto, dispostas a conformar o juízo ou solução da causa penal. Em outras palavras, ambas, acusação e defesa, surgem como propostas excludentes de sentença.¹¹

Ainda, Prado sustenta que a acusatoriedade depende da imparcialidade do julgador, em que o juiz, qualquer que seja ele, não esteja desde logo psicologicamente envolvido com uma das versões em jogo, devendo manter-se, durante todo o tempo, equidistante.¹²

Ao contrário do que ocorre no sistema inquisitivo, em que o réu era considerado um objeto, o réu passa a ser visto como sujeito de direitos, e o Estado, para julgar, tem o dever de respeitar as garantias fundamentais dentro dos limites que lhe são postos.

Para Aury Lopes Júnior, “quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador.”¹³

Dessa forma, é correto dizer que o sistema acusatório está intrinsecamente ligado à aplicação dos princípios do contraditório e da imparcialidade, que serão tratados de forma mais detalhada posteriormente.

Sobre o sistema acusatório, Casara e Melchior enfatizam que o elemento mais importante é a separação entre as funções do juiz e do acusador, dispondo que:

A separação entre o juiz e a acusação ou, em relação ao surgimento do Ministério Público, a divisão de funções entre o Estado-juiz, que deve ser imparcial e, portanto, afastado de toda atividade persecutória, e o Estado-acusador, órgão que apesar de parcial deve atuar de forma impessoal e

¹¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p. 116.

¹² Ibidem.

¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 43

comprometida com a legalidade estrita, é o mais importante elemento constitutivo do modelo teórico acusatório.¹⁴

Assim, de acordo com o modelo acusatório, se o juiz se apropriar de alguma função própria da acusação, os princípios da imparcialidade e acusatório serão violados e o ato deve ser anulado.

1.3 SISTEMA MISTO

O chamado sistema misto tem características inquisitórias e acusatórias. No Brasil, muitos entendem vigorar o sistema misto, considerando que: o inquérito policial é inquisitório; a fase processual, acusatória; e que alguns dispositivos do Código de Processo Penal vedam o ativismo judicial inquisitivo. Por outro lado, outros dispositivos permitem, por exemplo, a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício, o que soa como ativismo judicial ou o que denota características inquisitórias.

Como a presença de elementos inquisitórios e acusatórios em um só sistema dificulta a demarcação de qual sistema se enquadra, interessante destacar alguns apontamentos feitos por Casara e Melchior, ao trazerem a democraticidade como princípio unificador do sistema processual penal:

Para auxiliar na tarefa da demarcação, portanto, é fundamental alocar a democraticidade como o princípio unificador, responsável por dar conta da dispersão sistêmica em um processo político democrático. Assim, torna-se possível superar os excessos classificatórios e estabelecer um outro tipo de reflexão: determinado mecanismo potencialmente acusatório ou inquisitivo é compaginável com a democraticidade que deve reger o sistema? Eis a questão: o dispositivo, tenha origem no modelo acusatório ou no inquisitivo, é adequado à democracia?¹⁵

Os referidos autores reconhecem a presença de elementos acusatórios e inquisitórios em um só sistema. Portanto, criam um princípio em comum, para que seja possível

¹⁴ CASARA, Rubens Roberto Rebello; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Vol. 1: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 381.

¹⁵ Ibidem, p. 103.

analisar por um viés diferente: da democracia, já que a sociedade encontra-se inserida em um Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, entende Raphael Boldt que “como todos os ordenamentos atuais apresentam características de ambos os sistemas, buscar a definição destes torna-se irrelevante, de modo que mais adequado seria defender o sistema constitucional.”¹⁶

Ainda, Gilberto Thums aduz que “a ideia de sistema processual só é cabível a partir de uma matriz constitucional, visto que são os princípios que fundam os sistemas”.¹⁷

Portanto, o presente trabalho parte da premissa de que qualquer ato processual deve se submeter aos princípios e garantias constitucionais, não se limitando a analisar se está de acordo ou não com o sistema acusatório, inquisitivo ou misto, mas sim, se está respeitando os princípios constitucionais e o Estado Democrático de Direito.

¹⁶ BOLDT, Raphael. **Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018, p. 44.

¹⁷ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais – Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. xxv.

2 PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL ENVOLVIDOS NA PROBLEMÁTICA

Traçadas as principais diferenças entre os sistemas processuais e partindo de uma análise constitucional do sistema processual penal que vigora no Brasil, torna-se necessário discorrer sobre os princípios aplicáveis à problemática abordada, já que, como visto anteriormente, são os princípios que informam os sistemas.

Para Gilberto Thums, “é fundamental para quem atua no processo penal o pleno domínio dos princípios constitucionais, porquanto é a Constituição que confere validade a todas as normas inferiores”.¹⁸

Desse modo, a compreensão dos princípios é imprescindível, visto que eles dão sentido às demais normas, razão pela qual deve-se recorrer a eles diante de conflitos, a fim de encontrar a solução correta para cada caso.

Antes de discutir se a ausência do promotor de justiça na AIJ gera nulidade absoluta ou relativa, é de extrema importância compreender os princípios aplicáveis à problemática, quais sejam: devido processo legal, imparcialidade, acusatório, contraditório, igualdade das partes e duração razoável do processo.

2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Trata-se de um princípio constitucional explícito, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, em que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.¹⁹

¹⁸ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais – Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 97.

¹⁹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 8 out. 2018.

O devido processo legal é uma garantia conferida pela Carta Magna, que visa o respeito aos direitos e às garantias fundamentais. Por essa razão, é considerado um princípio informador, de extrema relevância, pois determina que os demais princípios e regras processuais sejam observadas, sob pena de nulidade.

O objetivo de estabelecer um procedimento com uma sequência de atos processuais e um conjunto de direitos e princípios é evitar que haja um julgamento arbitrário. Sendo assim, é correto afirmar que forma é garantia, devendo ser respeitada sempre, para que nenhuma parte não sofra prejuízo.

No âmbito processual penal, tem-se o princípio do devido processo penal. Em síntese, Rogério Laurita Tucci especifica o devido processo penal nas seguintes garantias:

a) acesso à Justiça Penal; b) juiz natural em matéria penal; c) tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ele inerentes; e) publicidade dos atos processuais penais; f) motivação dos atos decisórios penais; g) fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e, h) legalidade da execução penal.²⁰

Assim, qualquer indivíduo, ante a imputação de algum crime ou infração penal, tem o direito a um processo prévio cercado por diversas garantias, a fim de garantir um julgamento justo e efetivo.

2.2 IMPARCIALIDADE

Como já abordado no primeiro capítulo, ao discorrer sobre os sistemas processuais penais, o princípio da imparcialidade consiste na figura de um juiz que não tenha interesse no objeto do processo e não queira favorecer uma das partes.

A imparcialidade é requisito inerente ao próprio conceito de jurisdição, em que o juiz atua como mero espectador, julgando de forma a se aproximar ao máximo da verdade material, respeitando o devido processo legal.

²⁰ TUCCI, Rogério Laurita. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 66.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, é um documento que marcou a história dos direitos humanos, sendo o Brasil um dos países signatários. O artigo 10 dispõe que:

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.²¹

Apesar de não estar prevista expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil, a imparcialidade do juiz é uma garantia constitucional que deve ser sempre respeitada.

O art. 5º, inciso LIII da CF/88 assegura o juiz natural, afirmando que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”²² e, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci,

A abrangência do juiz natural envolve, inequivocadamente, o *juiz imparcial*, aquele que tem condições, objetivas e subjetivas, de proferir veredicto sem a menor inclinação por qualquer das partes envolvidas, fazendo-o com discernimento, lucidez e razão, com o fito de aplicar a lei ao caso concreto, fornecendo a mais clara evidência de se tratar de um Judiciário integrante do Estado Democrático de Direito (grifo do autor).²³

Dessa forma, o Estado-juiz deve julgar de forma imparcial as causas que lhe são submetidas, com um posicionamento indiferente e equidistante em relação ao objeto do processo e às partes.

Pacelli relaciona a regra da imparcialidade com a de competência, dispondo que, enquanto a questão da competência revela a preocupação com a qualidade da jurisdição, em relação ao conhecimento da matéria a ser decidida, a regra da imparcialidade ocupa-se diretamente com as circunstâncias, de fato e de direito, e com as condições pessoais do próprio julgador, que, segundo juízo prévio do

²¹ BRASIL, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> >. Acesso em: 8 out. 2018.

²² BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 8 out. 2018.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2 ed. Revista Atualizada e Ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 331.

legislador, poderiam afetar a qualidade de determinada, concreta e específica decisão.²⁴

Para evitar um julgamento parcial, há prerrogativas e vedações ao juiz, como as hipóteses de impedimentos, incompatibilidades e suspeição.

Ademais, para garantir ainda mais a aplicação do princípio da imparcialidade, foi criada a figura do Ministério Público como titular da propositura da ação penal e, em segundo plano, tem-se o ofendido, que pode ajuizar ação penal nos crimes de ação privada ou nas situações de ação penal subsidiária da pública. Ao magistrado, porém, jamais seria permitida a propositura da ação penal.

Sobre a separação dos papéis do acusador e do julgador, Nucci afirma, ainda, que “quem acusa, veste-se de buscador da Justiça, enquanto o julgador transforma-se em fornecedor da Justiça. Não há que se confundir quem procura com quem produz, pois ambas as incumbências são relevantes e guardam suas próprias peculiaridades.”²⁵

Destaca-se que é vedado ao juiz a propositura da ação penal e a atuação durante o processo como acusador, devendo agir de forma imparcial durante todos os atos processuais.

Além da imparcialidade do juiz natural, uma das características da jurisdição é a inércia do julgador. Apesar de o Estado-juiz ser o responsável por resolver os litígios da sociedade, só deve atuar quando devidamente provocado pelas partes. De acordo com Fernando Capez,

os órgãos jurisdicionais são, por sua própria índole, inertes, pois a experiência histórica demonstrou que o exercício espontâneo da atividade jurisdicional afeta, sobremaneira, a imparcialidade do julgador, que se deixa influenciar pela iniciativa tomada.²⁶

²⁴ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22 ed. Revista Atualizada e Ampliada – São Paulo: Atlas, 2018, p. 461.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2 ed. Revista Atualizada e Ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 331.

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

Quando ocorre a quebra da inércia, o princípio da imparcialidade do juiz é violado, pois incumbe à parte acusatória provocar a atividade jurisdicional com a instauração da ação judicial e, enquanto o processo tramita, deve produzir as provas para que o juiz possa julgar, agindo como mero espectador.

Cabe ao acusador instaurar a ação penal e produzir as provas necessárias para o convencimento do juiz, que julgará o caso de forma imparcial. A partir do momento em que o juiz toma a iniciativa probatória e demonstra interesse na produção de provas, isso representa uma tendência de que a postura do juiz está inclinada para a condenação do réu, por isso busca provas que não foram levadas em consideração pela acusação, a fim de fundamentar sua decisão.

Há quem defenda que o juiz pode tomar a iniciativa de produzir provas com base no princípio da verdade real. Tal princípio consiste na ideia de que, tendo em vista a importância do objeto do processo penal, qual seja, a liberdade de um indivíduo, o julgador pode não se contentar com as provas trazidas a ele pelas partes, permitindo, então, que o julgador busque provas de ofício para alcançar a verdade real.

A verdade real seria a reconstrução fática por meio de provas. Contudo, o referido princípio é muito questionado, pois poderia servir de fundamento para decisões arbitrárias do julgador. O sistema de provas adotado pelo CPP é o de livre convencimento motivado, em que o juiz, apesar de ter liberdade para valorar cada prova como entender pertinente no caso concreto, tem o dever de sempre motivar suas decisões.

Dessa forma, a busca pela verdade real é extremamente perigosa pela possibilidade de ocorrer abuso do julgador, legitimando uma decisão arbitrária, o que se torna inconcebível em um Estado Democrático de Direito.

Como já abordado, quando a gestão probatória se encontra nas mãos do juiz, está diante do sistema processual penal inquisitório; caso esteja nas mãos das partes, está diante do sistema processual acusatório. Por isso a questão da gestão probatória é tão importante.

Sobre a iniciativa probatória do julgador, o Código de Processo Penal traz algumas possibilidades, vejamos os artigos 156 e 212:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.²⁷

Nesta análise, o CPP prevê algumas hipóteses em que o juiz pode produzir prova de ofício. Para o desenvolvimento da presente pesquisa, é interessante delimitar a análise ao artigo 212, por se aproximar mais do tema, ao abordar sobre o procedimento de produção de prova testemunhal durante audiência em juízo.

No artigo supramencionado, consta que incumbe às partes a inquirição de testemunhas, cabendo ao juiz, de forma complementar, realizar perguntas sobre pontos não esclarecidos.

Diante disso, Francisco Ortêncio de Carvalho entende que o Ministério Público (parte acusatória, na maioria das vezes), realiza ato essencial de inquirir as testemunhas, enquanto o juiz realiza ato acessório, por ser permitido inquirir de forma complementar apenas, demonstrando, assim, a importância do membro do Ministério Público na Audiência de Instrução e Julgamento.²⁸

²⁷ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm >. Acesso em: 8 out. 2018.

²⁸ CARVALHO, Francisco Ortêncio de. A nulidade absoluta pela não intervenção do representante do Ministério Público em atos essenciais da ação penal pública. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 4, nº 01, 2018.

2.3 ACUSATÓRIO

Diferentemente do juiz, o Ministério Público é parte no processo, a partir do momento em que oferece a denúncia. Para Pacelli, “o Ministério Público atua com inteira imparcialidade, a ele interessando, na mesma medida, tanto a condenação quanto a absolvição do inocente”²⁹.

Assim, na teoria, apesar de o MP ser a parte acusatória, não quer dizer que pode atuar de forma irracional, como se fosse um acusador sistemático. Importante lembrar que o Ministério Público tem a missão constitucional de defesa da ordem jurídica, em que sua atuação deve se pautar nos direitos e garantias constitucionais, visando sempre o alcance da verdade real por meio de um julgamento justo, observando as regras processuais.

A figura do Ministério Público (MP) existe no Brasil desde as ordenações manoelinas, estando presente em todas as constituições brasileiras, exceto na de 1891, tendo surgido para evitar a vingança privada. Com a Constituição de 1988, o MP ganhou maior relevância, sendo o órgão constitucionalmente legitimado para defender os interesses da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 incluiu expressamente o Ministério Público na parte de “Funções essenciais à Justiça” e, em seu art. 127, trouxe as características, prevendo que “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Especificamente no âmbito penal, o art. 129 dispõe que “são funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”³⁰

Tendo em vista a relevância dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, cabe ao Ministério Público a propositura da ação penal, pautando todos os seus atos nos

²⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22 ed. Revista Atualizada e Ampliada – São Paulo: Atlas, 2018, p. 458

³⁰ BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 8 out. 2018.

princípios e fundamentos constitucionais. Para que o Ministério Público possa exercer sua função, há certas características como indivisibilidade, unidade e independência funcional, além de garantias, como a inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios.

Apesar de o Ministério Público não fazer parte dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), está relacionado a todos eles. É um órgão independente, em que seus membros não se subordinam a outro poder, devendo obediência à Constituição Federal, às leis e às suas próprias consciências (independência funcional). Os membros integram um só órgão, de forma una, sendo que todos os membros representam o Ministério Público (unidade e indivisibilidade). O Ministério Público, como órgão autônomo, elabora sua própria proposta orçamentária, dentro dos limites legais (independência financeira e administrativa).

Dessa forma, o Ministério Público se organiza como um órgão diverso dos três poderes e busca defender os interesses da coletividade. No processo penal, o Ministério Público é quem propõe a Ação Penal e atua como acusador, tendo sido criado para possibilitar o sistema acusatório e garantir a imparcialidade do julgador.

2.4 CONTRADITÓRIO

O art. 5º, inciso LV da Constituição Federal prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.³¹

O contraditório e a ampla defesa consistem em direitos fundamentais assegurados pela Constituição. O processo deve ser informado pelo contraditório, em que as partes dialogam entre si até a resolução do conflito, com interesses contrapostos.

Para Aury Lopes, há uma relação entre os princípios do contraditório e acusatório:

³¹ Ibidem.

Quando falamos de um processo de partes, estamos fazendo alusão a um processo penal de partes, conforme os limites e categorias jurídicas próprias do processo penal. Acima de tudo, o que se busca é reforçar a posição da *parte passiva*, fortalecendo o sistema acusatório com o estabelecimento da igualdade de armas, do contraditório e, por fim, com o abandono completo de todo e qualquer resíduo do verbo totalitário. Em última análise, significa o abandono completo da concepção do acusado como um objeto, considerando-se agora no seu devido lugar: como parte no processo penal.³²

Chama a atenção, ainda, a relação com a dialeticidade feita por Aury Lopes Júnior, pois “o ato de contradizer a suposta verdade na acusação é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética”.³³

No entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarence Fernandes,

é necessário que às partes seja assegurada efetiva participação nas audiências e, ao réu, seja garantida assistência de um defensor, pois só assim estaria preservada a paridade com o Ministério Público ou querelante. Para que isso tudo seja realidade, fazem-se imprescindíveis algumas providências prévias consistentes na intimação pessoal das partes: MP, réu e seu defensor e, se for o caso, advogado do querelante, sem as quais a audiência não é válida.³⁴

Deste modo, para os referidos autores, a presença do Promotor de Justiça, do réu ou do seu defensor nas audiências é imprescindível, sendo que a ausência de um deles torna a audiência inválida.

Em relação ao acusado, o prejuízo pode ser facilmente identificado, por desequilibrar a paridade de armas e, quando o defensor se ausenta, a audiência de instrução e julgamento não pode prosseguir, devendo-se nomear um defensor dativo para defender o réu naquele momento.

³² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 738.

³³ *Ibidem*, p. 230.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarence. **As Nulidades no Processo Penal**. 12 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 153.

Aury Lopes conceitua o contraditório como “o direito de participar, manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter procedimental*”.³⁵

Por outra perspectiva, Americo Bedê e Gustavo Senna afirmam que o princípio do contraditório “deve ser observado em relação a ambas as partes, ou seja, acusação e defesa, sendo um equívoco restringir sua abordagem somente ao ponto de vista da defesa, muito embora em relação a ela, não se nega, o princípio seja mais saliente.”³⁶

Na mesma linha de raciocínio, Gustavo Henrique Badaró entende que

destacar e distinguir a defesa do princípio do contraditório é relevante na medida em que, embora ligados, é possível violar o contraditório, sem que se lesione o direito de defesa. Não se pode esquecer que o princípio do contraditório não diz respeito apenas à defesa ou aos direitos do réu. O princípio deve aplicar-se em relação a ambas as partes, além de também ser observado pelo próprio juiz.³⁷

Assim, o contraditório vale para ambas as partes, defesa e acusação. Em síntese, os elementos que constituem o contraditório são: i) ciência inequívoca de todos os atos do processo; ii) oportunidade de manifestação, mas não basta só dar ciência à parte, esta precisa ter oportunidade para se manifestar; e iii) obrigatoriedade do juiz em apreciar todas as teses da parte que possam influenciar na conclusão da decisão.

Sustentam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes que

a ausência do promotor na audiência impõe substituição por outro membro do Ministério Público, ou o adiamento: segundo os artigos 45 e 564, III, d, CPP, a participação do órgão acusatório é essencial para a validade de todo ato processual de instrução criminal.³⁸

³⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 232.

³⁶ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 130.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6 ed. revista, atualizada e ampliada. - São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018, p. 61.

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 153.

Neste diapasão, o princípio do contraditório deve ser assegurado a ambas as partes durante todo o processo, sendo que a ausência de uma delas, principalmente nos atos processuais de instrução criminal, viola o referido princípio, pois pode acarretar diversos prejuízos.

Além do defensor, há, também, a necessidade de intervenção do Ministério Público em todos os atos processuais, conforme alguns dispositivos do Código de Processo Penal colacionados abaixo:

Art. 45. A queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá **intervir em todos os termos subsequentes do processo**.

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

d) **a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação** por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública (grifo nosso).³⁹

Como acima exposto, o ideal seria que tanto a defesa quanto a acusação comparecessem à Audiência de Instrução e Julgamento, tão importante para o deslinde do processo por ser um momento que inicia-se a produção de provas. Quando a defesa do réu se ausenta, um defensor dativo é nomeado para amparar e defender os interesses do réu. E o que ocorre quando a acusação se ausenta? Quem acusaria o réu e defenderia os interesses da coletividade durante a audiência?

Pois bem. A problemática cinge-se neste ponto específico, quando o Promotor de Justiça se ausenta na referida audiência, sendo que esta conduta pode se desdobrar em diversas consequências.

Há divergências quanto ao procedimento a ser seguido: substituir por outro membro disponível; adiar para outra data, conforme sugerido por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarence Fernandes; magistrado prossegue com a audiência, inquirindo as testemunhas e elaborando as perguntas pertinentes ao caso concreto, levando em consideração a duração razoável do processo.

³⁹ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm >. Acesso em: 8 out. 2018.

2.5 IGUALDADE DAS PARTES

O princípio da igualdade das partes está ligado à isonomia processual, busca garantir a paridade de armas entre os sujeitos parciais.

Segundo leciona Gustavo Henrique Badaró,

a ideia de processo como um método de solução de conflitos por um terceiro desinteressado pressupõe que os sujeitos sejam tratados de forma igualitária. Há uma estreita relação entre as garantias da imparcialidade do juiz e da igualdade de partes. O juiz imparcial é aquele que trata as partes de forma igualitária.⁴⁰

Nesse sentido, os sujeitos parciais devem ser tratados de forma igualitária, em observância ao preceito constitucional da isonomia processual. Além do juiz, que deve ser imparcial e conceder oportunidades iguais às partes, o legislador tem um papel muito importante para garantir o respeito à igualdade das partes, ao prever certos mecanismos que visam o equilíbrio na relação processual penal.

Importante destacar que há uma diferença entre igualdade formal e igualdade substancial. A formal é a igualdade de tratamento perante a lei, de modo com que todos sejam tratados iguais, de maneira imparcial, sem que uma parte seja beneficiada ou prejudicada por qualquer condição pessoal.

Ocorre que, nada adianta estar preconizado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a todos o direito à igualdade, sem que isso seja efetivamente garantido na prática.

Para que haja um julgamento justo, é preciso que a igualdade substancial (ou material) seja também respeitada, tratando os iguais de forma igual e os desiguais na medida de sua desigualdade.

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6 ed. Revista, atualizada e ampliada. - São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018, p. 63.

Um exemplo de mecanismo criado para tentar igualar as partes no processo penal é o instituto do favor rei, com o brocardo *in dubio pro reo*, em que, havendo dúvida, deve-se interpretar em favor do réu. Tal instituto pauta-se na igualdade substancial, pois visa proteger a parte mais fraca da relação, o réu, na maioria das vezes pobre e estigmatizado como criminoso na sociedade, frente ao Ministério Público, órgão constitucionalmente competente para figurar na parte acusatória, com todo seu aparato estatal e prerrogativas de atuação.

Dessa forma, não basta a igualdade formal. Deve-se buscar, principalmente no processo penal, a igualdade substancial para garantir a paridade de armas entre acusação e defesa.

2.6 PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Assegurado pelo art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88, em que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁴¹, o direito à razoável duração do processo consiste na duração de um processo célere, no seu tempo fisiológico e não patológico.

Sobre o princípio da celeridade processual, Bedê e Senna discorrem o seguinte:

Como se sabe, o fator tempo é um dos pontos mais delicados do direito processual, especialmente do Direito processual Penal, no qual está em jogo a liberdade da pessoa humana. Não por outra razão, essa temática vem sendo objeto constante de preocupação entre os operadores jurídicos, notadamente com a massificação das demandas levadas ao Judiciário e a conseqüente mudança de perfil dos usuários do sistema, o que importa na busca de saídas para que os litígios tenham uma solução célere, a fim de que a prestação da tutela jurisdicional não venha tarde a mente, fulminando ou comprometendo seriamente direito daqueles que batem as portas do Judiciário. Assim, inquestionável que o que irá acontecer no futuro configura preocupação central do direito, vez que ele leva consigo o caráter de estrutura de expectativas.⁴²

⁴¹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 8 out. 2018.

⁴² BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 153.

A discussão acerca do princípio da duração razoável do processo é ainda mais importante no âmbito processual penal, tendo em vista os bens jurídicos tutelados. Desta feita, não interessa apenas ao acusado, mas também ao ofendido, ao Estado e à própria coletividade a resolução célere do conflito.

É claro que, sob a perspectiva do acusado, este princípio ganha ainda maior relevância, pois o que está em jogo nada mais é do que sua própria liberdade.

Vale frisar que responder a um processo criminal é deveras penoso, sendo angustiante para o acusado que passa a ser visto como criminoso pela sociedade mesmo antes de sua condenação transitada em julgado. Portanto, quanto antes o conflito for resolvido, melhor.

Assim, a participação das partes nas audiências é imprescindível, sendo que a ausência da defesa ou da acusação viola o princípio do contraditório e, caso o membro do Parquet tenha se ausentado e a audiência tenha sido adiada para posteriormente, quem mais sofre é o acusado, angustiado figurando como réu do processo.

Diante deste cenário, não há dúvidas de que a ausência do Promotor de Justiça na AIJ viola o contraditório, impossibilitando o diálogo processual. Porém, há que se discutir qual o melhor procedimento a ser seguido quando este se ausenta quando devidamente intimado, considerando os princípios constitucionais e processuais penais abordados, bem como o tipo de sistema processual penal vigente no Brasil.

Conforme já apresentado, o problema de pesquisa consiste na hipótese de quando o Magistrado dá prosseguimento a Audiência de Instrução e Julgamento sem a presença do membro do *Parquet* nos casos em que este foi devidamente intimado, fazendo o papel de julgador e acusador.

Delimitadas as bases que tratam do tema nos capítulos anteriores, no próximo capítulo o questionamento feito será respondido, a partir de uma análise legal, doutrinária e jurisprudencial.

3 SISTEMA DE NULIDADES NO BRASIL

A nulidade é um *error in procedendo*, podendo ser definida como um desatendimento ao procedimento que causa prejuízo às partes.

O Código de Processo Penal trata das nulidades a partir do artigo 563. Especificamente neste artigo, dispõe que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”⁴³. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal entende que toda nulidade pressupõe prejuízo.

Analisando o referido dispositivo legal, tem-se que o Código de Processo Penal Brasileiro adotou o sistema da instrumentalidade das formas, em que o fim deve prevalecer sobre a forma. Ainda que desobedeça a forma legal, se o ato atingiu sua finalidade, não deve ser anulado.

Porém, importante realizar uma ressalva: o sistema de nulidades, ainda que privilegie a instrumentalidade das formas, deve respeitar as garantias processuais constitucionais. Há uma relação direta entre o sistema de nulidades e o sistema de direitos e garantias constitucionais, vez que, por trás de cada forma processual, há um direito ou garantia constitucional a ser tutelada.

Diante disso, a tentativa de indicação das nulidades e sua natureza prevista no CPP tornou-se frustrada (art. 564, CPP). Como forma é garantia, é possível reconhecer as nulidades a cada caso concreto, analisando se houve violação ou não aos princípios constitucionais.

Por exemplo, no art. 564, o legislador tentou taxar as situações em que ocorreria nulidade. Contudo, muitos autores tecem críticas a essa tentativa de taxatividade. Aury Lopes, por sua vez, afirma que “não há como pensar-se um sistema de nulidades

⁴³ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm >. Acesso em: 21 out. 2018.

desconectado do sistema de garantias da Constituição, de modo que a simbiose é constante e incompatível com uma taxatividade na lei ordinária”.⁴⁴

Tentando justificar a indicação das nulidades trazida pelo legislador, há autores que defendem consistir o art. 564 do CPP em um rol meramente exemplificativo.

A dificuldade enfrentada pela doutrina e até mesmo pelos operadores do direito em identificar a natureza de cada nulidade se dá em razão da desatualização do tema no Código de Processo Penal (por ser um diploma legal elaborado em 1941 e não alterado até os dias de hoje, nesse tema específico). O CPP prevê hipóteses de nulidade que não mais existem, o que demonstra que este tema foi deixado de lado pelo legislador, necessitando de uma reforma urgente.

Ainda, há quem diga que a jurisprudência brasileira é caótica pois o sistema de nulidades na seara processual penal foi inspirado no direito processual civil, sendo ramos do direito extremamente diferentes.

Os atos inválidos são classificados em: irregularidades, nulidade relativa, nulidade absoluta e inexistência. As irregularidades não são consideradas nulidades, pois são atos irregulares que têm um vício, mas é ínfimo, incapaz de gerar prejuízo às partes.

A inexistência ocorre quando existe um ato materialmente, mas não juridicamente, então por essa razão o ato é considerado inexistente, não produzindo efeitos na esfera jurídica.

Para o presente estudo, o que mais nos interessa são as nulidades relativas e as absolutas, pois é preciso compreendê-las para responder ao questionamento formulado no presente trabalho.

Os princípios do sistema de nulidades são: i) prejuízo, em que nulidade pressupõe prejuízo (art. 563, CPP); ii) interesse, aplicado somente às nulidades relativas, em que o juiz não pode reconhecê-las de ofício (art. 565, segunda parte, CPP); iii) lealdade,

⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 1139.

em que a parte não pode alegar nulidade que tenha dado causa, baseado na ideia de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, aplicado somente às nulidades relativas (art. 565, primeira parte, CPP); iv) convalidação, em que torna válido o ato inválido, aplicado somente às nulidades relativas, pois as absolutas são insanáveis (art. 572, CPP); e, por fim, v) causalidade, em que analisa-se a extensão do vício, aplicado a ambas as nulidades (art. 573, §2º, CPP).

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarence Fernandes lecionam:

Com relação aos atos nulos, cumpre ainda distinguir os casos de nulidade absoluta e nulidade relativa: nos primeiros, a gravidade do ato viciado é flagrante e, em regra, manifesto o prejuízo que sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão; o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito; por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade; já nas hipóteses de nulidade relativa, o legislador deixa à parte prejudicada a faculdade de pedir ou não a invalidação do ato irregularmente praticado, subordinando também o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo sofrido.⁴⁵

Diante disso, é correto afirmar que as nulidades relativas são sanáveis, podem ser convalidadas e devem ser alegadas pelas partes, em momento oportuno, sob pena de preclusão. Assim, o prejuízo deve ser provado por quem alega.

Gustavo Henrique Badaró define a nulidade relativa como “aquela que decorre da violação de uma determinada forma do ato que visa à proteção de um interesse privado, ou seja, de uma das partes ou de ambas”.⁴⁶

Já as nulidades absolutas têm as seguintes características: são insanáveis, pois não são passíveis de convalidação; podem ser declaradas de ofício, a qualquer momento, pois estão vinculadas às violações à Constituição Federal; são consideradas matéria de ordem pública; o prejuízo é presumido, admitindo prova em contrário.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarence. **As Nulidades no Processo Penal**. 12 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6 ed. Revista, atualizada e ampliada. - São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018, p. 814.

Aplicam-se às nulidades absolutas os princípios do prejuízo ou instrumentalidade das formas e o da causalidade, não incluindo os princípios do interesse, lealdade e convalidação, sendo, portanto, princípios aplicáveis apenas às nulidades relativas.

No que diz respeito às nulidades absolutas, Gustavo Henrique Badaró aduz que “mesmo a parte que tenha dado causa à nulidade poderá alegá-la. Da mesma forma, a parte a quem o reconhecimento da nulidade não trará benefício também poderá pleitear o reconhecimento da nulidade”.⁴⁷

Em virtude dessas diversas peculiaridades é tão importante identificar a natureza das nulidades, pois cada uma possui princípios e regras diferentes, que podem levar ao seu reconhecimento judicial ou não.

Compreendidas as espécies de nulidades e seus princípios aplicáveis, questiona-se: a ausência do representante do MP na AIJ gera nulidade absoluta ou relativa?

3.1 ENTENDIMENTO LEGAL E DOUTRINÁRIO

No âmbito legal, quando o representante do Ministério Público se ausenta de algum ato processual, o art. 572 do Código de Processo Penal, prevê que:

Art. 572. As nulidades previstas no **art. 564, III, d e e, segunda parte**, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:
I - se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;
II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;
III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos (grifo nosso).⁴⁸

O art. 572 do CPP faz referência a algumas alíneas do inciso III do art. 564, do CPP, alegando que são hipóteses de nulidade relativa, pela possibilidade de serem sanadas.

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6 ed. Revista, atualizada e ampliada. - São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018, p. 813.

⁴⁸ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm >. Acesso em: 28 out. 2018.

Ocorre que, o caput do art. 572 é ambíguo ao trazer a seguinte expressão gramatical: “art. 564, III, *d* e *e*, segunda parte”. Vejamos o que consta no texto legal do artigo em referência:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;⁴⁹

Há quem interprete que a expressão “segunda parte” refere-se a ambas as alíneas, “d” e “e”, portanto, seriam nulidades relativas somente quando o MP não intervém em todos os termos da ação intentada pela parte ofendida (nas ações penais subsidiárias da pública - referente à segunda parte da alínea “d”) e nos casos em que não for concedido prazo corretamente à acusação e à defesa (referente à segunda parte da alínea “e”); por outro lado, há quem entenda que a expressão “segunda parte” faz referência apenas à alínea “e”, incluindo, portanto, a alínea “d” de forma integral no artigo (primeira e segunda parte).

Portanto, seguindo o primeiro entendimento, quando não há a intervenção do MP em todos os atos processuais na ação penal pública, a nulidade é absoluta, enquanto que, se for ação penal subsidiária da pública, a nulidade é relativa. E, de acordo com o segundo entendimento, quando o MP se ausenta de algum ato processual, seja na ação penal pública ou na ação penal subsidiária da pública, a nulidade é relativa.

Gustavo Henrique Badaró⁵⁰ e Tourinho Filho, por exemplo, aderem ao primeiro entendimento. Tourinho, especificamente, explica que:

as posições ‘letras *d* e *e*’ vêm explicitadas por uma posição ‘segunda parte’, restritivas delas. Logo, o aposto ‘segunda parte’ refere-se a ambas as letras. Se a intenção do legislador fosse que a expressão “segunda parte” se

⁴⁹ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm >. Acesso em: 28 out. 2018.

⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6 ed. Revista, atualizada e ampliada. - São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018, p. 821.

referisse apenas a letra e, a redação deveria ser: “letras d, e, segunda parte”.⁵¹

Fernando Capez, por sua vez, adota o segundo entendimento: “entendemos ser relativa a nulidade decorrente da falta de manifestação ministerial, uma vez que o CPP, em seu art. 572 e incisos, permite expressamente a convalidação desse vício (...)”⁵²

Sem adentrar na questão da ambiguidade, Pacelli entende se tratar de uma nulidade absoluta, “na medida em que impede a participação de uma das partes no processo”.⁵³

Na mesma linha de raciocínio, Francisco Ortêncio de Carvalho, ao publicar o artigo chamado “A nulidade absoluta pela não intervenção do Ministério Público em atos essenciais da ação penal pública”, aduz que a inquirição de testemunhas configura ato essencial, sendo que o art. 212 do CPP permite ao juiz apenas inquirir de forma suplementar, portanto, a falta de ato essencial gera nulidade absoluta, tendo em vista ser o prejuízo presumido.⁵⁴

Diante do que foi exposto, verifica-se que o tema não é pacificado na doutrina. Avançando, passa-se a analisar a jurisprudência pátria.

3. 2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Uma parte da jurisprudência brasileira realiza uma diferenciação interessante, não abordada pela doutrina: caso a ausência do membro do Ministério Público tenha se dado com intimação prévia, a nulidade é relativa. Por outro lado, conclui-se que, caso o representante do Ministério Público não tenha sido intimado, trata-se de nulidade absoluta.

⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. 31 ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 152.

⁵² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 704.

⁵³ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22 ed. Revista Atualizada e Ampliada – São Paulo: Atlas, 2018, p. 958.

⁵⁴ CARVALHO, Francisco Ortêncio de. A nulidade absoluta pela não intervenção do representante do Ministério Público em atos essenciais da ação penal pública. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 4, nº 01, 2018.

Assim, a jurisprudência diferencia os casos em que houve intimação do Promotor de Justiça para a AIJ e as situações em que não ocorreu a ciência inequívoca dos atos processuais.

Vejamos alguns julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a ausência do Representante do Ministério Público na Audiência de Instrução e Julgamento gera uma nulidade meramente relativa, desde que tenha havido prévia intimação para o ato:

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

1. Já encerrada a instrução probatória e prolatada a sentença, está evidenciada a prejudicialidade da tese de excesso de prazo para o encerramento da instrução.
2. **Não há vício na hipótese em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer a uma das audiências e o Magistrado formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, sobretudo no caso em que não há demonstração de efetivo prejuízo.**
3. Agravo regimental não provido (grifo nosso).⁵⁵

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

1. **Segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP).**
2. **As modificações introduzidas pela Lei n.º 11.690/08, ao art. 212 do Código de Processo Penal, não retiraram do juiz a possibilidade de formular perguntas às testemunhas, a fim de complementar a inquirição, na medida em que a própria legislação adjetiva lhe incumbe do dever de**

⁵⁵ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no RHC 69711/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 27 fev. 2018, publicado em 08 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RHC+69711&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 out. 2018.

se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos (princípio da verdade real e do impulso oficial), o que afasta o argumento de violação ao sistema acusatório.

3. Eventual inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera **nulidade meramente relativa**, sendo necessário para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo, o que não ocorreu, uma vez que, presente em audiência, o causídico não suscitou o vício no decorrer das oitivas, tampouco nas alegações finais, não logrando demonstrar qual o prejuízo causado ao réu.

4. Recurso especial provido para excluir a nulidade reconhecida pelo Tribunal a quo e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos a fim de que se prossiga no julgamento do mérito do apelo.⁵⁶

No mesmo sentido, colaciona-se o acórdão proferido pelo Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e o acórdão proferido pelo Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório, do Terceiro Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, respectivamente:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO MINISTERIAL. PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/06). IMPOSSIBILIDADE. PROVA EXCLUSIVA DE INQUÉRITO. ARTIGO 155 DO CPP. IN DUBIO PRO REO. DEPOIMENTO EM JUÍZO SE SOBREPÕE. DÚVIDA QUANTO A AUTORIA DELITIVA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **A inobservância ao disposto no art. 212 do Código de Processo Penal gera nulidade meramente relativa. São necessárias para seu reconhecimento a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo. (AgRg no RHC 62.461/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ).** 2. **Segundo o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, não há nenhum vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência de instrução e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia.** 3. De acordo com o art. 155 do Código de Processo Penal, é impossível condenar com prova exclusiva do inquérito, salvo se a prova for cautelar, antecipável ou irrepetível. 4. É impossível a condenação pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, da lei 11.343/06) se as provas produzidas não fornecem o mínimo de certeza necessária quanto à autoria delitiva. 5. Recurso a que se nega provimento (grifo nosso).⁵⁷

⁵⁶ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1348978/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 17 dez. 2015, publicado em 17 fev. 2016. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1348978&b=ACOR&thesaurus=JURIDIC&p=true> >. Acesso em: 30 out. 2018.

⁵⁷ BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Apelação Criminal 0000689-40.2015.8.08.0060 / TJES, Relator Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, Primeira Câmara Criminal, julgado em 21 mar. 2018, publicado em 06 abr. 2018. Disponível em: < http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00006894020158080060&Justica=Comum&CFID=102558516&CFTOKEN=35187293 >. Acesso em: 20 out. 2018.

EMBARGOS INFRINGENTES. AUSÊNCIA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO AO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NULIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL.

A ausência, justificada ou não, do Promotor de Justiça na audiência não a faz nula, sendo dever da instituição Ministério Público o provimento dos cargos. **O não comparecimento do representante do órgão ministerial à audiência não acarreta nulidade, desde que tenha sido intimado para a solenidade.** Leitura equivocada do artigo 212 do CPP. Apesar da reforma, o magistrado não está impedido de perguntar ao réu, à vítima e às testemunhas. A alteração legislativa apenas agilizou a maneira de inquirição, prevendo legalmente o que na prática já era realizado, ou seja, outorgou ao Ministério Público e à Defesa a faculdade de perguntar diretamente ao depoente, mas não retirou a atribuição instrutória do juiz. EMBARGOS DESACOLHIDOS, POR MAIORIA.⁵⁸

Há, também, a Recomendação nº 1, de 13/11/2014, do Conselho da Magistratura de Pernambuco, que sugere aos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE) a realização de audiências de instrução e julgamento sem a participação do representante do Ministério Público, desde que tenha havido prévia intimação pessoal para comparecer às referidas audiências.

Consta, na recomendação, o relato de que o número de comunicações recebidas pelo Conselho da Magistratura de PE relativas ao adiamento de audiências de instrução e julgamento em processos criminais em virtude da ausência do Membro do Ministério Público, apesar de sua intimação, era alto.

O fundamento da recomendação consiste na necessidade do respeito ao princípio da celeridade processual e da garantia da razoável duração do processo, consagrados no art. 5º, da Constituição Federal.⁵⁹

⁵⁸ BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70053533899, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, julgado em 17 maio 2013. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfield_s=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfiel ds=n%3A70053533899&as_q=+#main_res_juris >. Acesso em: 30 out. 2018.

⁵⁹ BRASIL, **Recomendação nº 01, de 13 de nov. de 2014 do Conselho da Magistratura de Pernambuco**. Dispõe sobre a possibilidade de realização de audiências de instrução nos processos criminais, sem a participação do representante do Ministério Público prévia e pessoalmente intimado. Disponível em: < <http://www.tjpe.jus.br/documents/1223830/0/-/98bf7326-26f5-42c2-b454-aebe3b7d24a3> >. Acesso em: 20 out. 2018.

Avançando, vejamos algumas decisões em que houve a ausência do Representante do Ministério Público devido à falta de intimação, sendo reconhecida, portanto, a nulidade absoluta:

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL. AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA. NÃO INTIMAÇÃO DO PROMOTOR. NULIDADE ABSOLUTA.

A ausência do promotor de justiça à audiência de oitiva de testemunha, por não ter sido intimado para a solenidade, acarreta nulidade absoluta, prejudicando, inclusive, os atos, posteriores que decorrem de ato nulo, pois o efetivo prejuízo para a acusação resultou consubstanciado.⁶⁰

EMENTA: PROCESSO PENAL - AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS ARROLADAS NA DENÚNCIA - AUSÊNCIA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA NO ATO - NULIDADE ABSOLUTA. Garantia inerente ao contraditório, essencial é a presença do representante do Ministério Público na instrução probatória, pena de nulidade da audiência em que colhidas as provas. RECURSO PROVIDO.⁶¹

Mesmo tendo havido a intimação prévia à audiência de instrução e julgamento, há quem entenda que, mesmo assim, ocorrendo a ausência do membro do Ministério Público, a nulidade é absoluta:

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PROMOTOR DE JUSTIÇA. PRESENÇA NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NECESSIDADE. ART. 564, III, "d", CPP. NULIDADE ABSOLUTA. ART. 572, CPP. INAPLICABILIDADE. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA ANULAR O PROCESSO DESDE A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA SEM A PRESENÇA DE PROMOTOR DE JUSTIÇA

1. No curso do processo criminal, faz-se necessária a presença do representante ministerial em todas as suas fases, incluindo a audiência de instrução e julgamento. 2. A ausência de promotor de justiça na audiência de instrução e julgamento, nos termos do artigo 564, inciso III, "d", do Código de Processo Penal, é causa de nulidade absoluta. 3. Ademais, não incide, no caso, o artigo 572 do Código de Processo Penal, cuja redação é inaplicável à ação penal pública incondicionada. 4. Recurso conhecido e provido para declarar a nulidade do processo desde a audiência de instrução e julgamento realizada em 29 de janeiro de 2008, incluindo a sentença posteriormente prolatada.⁶²

⁶⁰ BRASIL, **Tribunal de Justiça de Rondônia**. Correição parcial nº 0008936-11.2012.822.0000, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de RO, Rel. Des. Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes, julgado em 02 maio 2013. Disponível em: <

<https://www.tjro.jus.br/apsg/pages/DocumentoInteiroTeor.xhtml> >. Acesso em: 25 out. 2018.

⁶¹ BRASIL, **Tribunal de Justiça do Paraná**. Recurso em Sentido Estrito nº 1369151, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do PR, Rel. Telmo Cherem, julgado em 01 abr. 2004. Disponível em: < <https://portal.tjpr.jus.br/consulta-processual/publico/b2grau/consultaPublica.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff72d6c5e2eb4a83ec9104e36ccb65ab6cb2c4ec1b369e17dee> >. Acesso em: 25 out. 2018.

⁶² BRASIL, **Tribunal de Justiça do Piauí**, Apelação Criminal nº 2013.0001.000225-8, Primeira Câmara Especializada Criminal, Tribunal de Justiça do PI, Rel. Des. Raimundo Nonato da Costa

Dessa forma, é possível perceber que tanto a doutrina quanto a jurisprudência divergem sobre a natureza da nulidade decorrente da ausência do Representante do Ministério Público na audiência de instrução e julgamento, entendendo ora ser nulidade relativa, devendo comprovar o prejuízo, ora absoluta, por violar os princípios do contraditório e do acusatório, sendo o prejuízo presumido.

Alencar, julgado em 22 maio 2013. Disponível em: < http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/consulta_processo.php?NNNNNNN=0000106&DD=60&AAAA=2007&J=8&TR=18&OOOO=0059&num_unico=00001066020078180059 >. Acesso em: 25 out. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto, é possível, enfim, responder ao questionamento apresentado no presente trabalho: nas ações penais públicas incondicionadas, a ausência do membro do Ministério Público, na audiência de instrução e julgamento, gera nulidade absoluta ou relativa?

Pois bem. À luz do sistema constitucional penal e dos princípios constitucionais penais abordados, após análises legal, doutrinária e jurisprudencial, a resposta é: depende do caso concreto. Porém, é possível elaborar um padrão:

De acordo com grande parte da jurisprudência de tribunais superiores, dentre eles o Superior Tribunal de Justiça, a nulidade é relativa nos casos em que o membro do Ministério Público não comparece à audiência de instrução e julgamento, desde que devidamente intimado.

Dessa forma, deve-se aplicar as regras vinculadas às nulidades relativas. Assim, somente a defesa poderia suscitar e comprovar eventual nulidade, tendo em vista o princípio da lealdade, em que a parte não pode alegar nulidade que tenha dado causa, baseado na ideia de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

Nessa linha de raciocínio, como o membro do Ministério Público não compareceu apesar de ter sido intimado, não pode alegar violação ao contraditório, não importando se justificou ou não sua ausência. Deve-se levar em consideração o princípio da duração razoável do processo e que o réu não pode se prejudicar pela falta de organização do Estado, que fez com que o representante do Ministério Público não pudesse comparecer à audiência.

A defesa do réu, por sua vez, tem todo o direito de suscitar a preliminar de nulidade relativa, pois pode ter sido prejudicada com a atuação do magistrado como julgador e acusador durante a audiência de instrução e julgamento, inquirindo as testemunhas e o réu. Enfatiza-se que, por ser nulidade relativa, a defesa precisa se atentar às regras deste tipo de nulidade, suscitando-a em tempo oportuno; indicando e comprovando o

prejuízo sofrido pelo réu; apontando a extensão do vício; e, por fim, deve pedir que a nulidade seja sanada, para que o juiz redesigne nova data para realização da audiência de instrução e julgamento, dessa vez, com a presença do membro do Ministério Público. Os fundamentos do pedido de anulação da audiência podem ser a violação aos princípios da imparcialidade do juiz, acusatório, igualdade das partes, inércia e contraditório.

Apesar do Código de Processo Penal permitir, em seu artigo 212, que o juiz faça a inquirição de testemunhas de forma complementar, a fim de sanar dúvidas sobre o processo, tal previsão não se encaixa no caso de o acusador se ausentar da audiência. Isso pois, quando o acusador não comparece à audiência e o juiz dá prosseguimento, ele está nada mais nada menos do que substituindo a figura do acusador, o que não é permitido pelo próprio artigo 212, ao constar a expressão “complementar a inquirição”. Só há um complemento se há algo principal, caso contrário, não seria complemento, e sim o todo.

Já nos casos em que a ausência do membro do Ministério Público ocorre devido à falta de intimação, trata-se de nulidade absoluta, pela falta de um dos elementos do contraditório, qual seja, a ciência inequívoca dos atos processuais. Nesta situação, houve a violação ao princípio do contraditório e deve-se aplicar as regras pertinentes às nulidades absolutas. Ou seja, todas as partes podem suscitar a nulidade; pode ser alegada a qualquer tempo, sem preclusão; mesmo tendo o membro do Ministério Público dado causa à nulidade, pode suscitá-la; e, por fim, é preciso anular todos os atos processuais a partir da audiência de instrução e julgamento.

No que tange à divergência de interpretação do artigo 572 do CPP, mais especificamente quanto à expressão “segunda parte”, podendo referir-se a ambas as alíneas “d” e “e”, ou somente à alínea “e”, admite-se a dificuldade em encontrar a real intenção do legislador, pela inexatidão e ambiguidade da forma escrita.

Diante disso, segue-se o entendimento jurisprudencial de que a expressão “segunda parte” refere-se apenas à alínea “e”, tratando o tema da ausência do representante do MP de nulidade relativa. Contudo, faz-se a ressalva das situações em que o membro

do MP não foi ao menos intimado, configurando, nessas hipóteses, nulidade absoluta, conforme entendimento desenvolvido acima.

Para os objetivos deste trabalho, portanto, o fundamental é reafirmar o papel primordial do Ministério Público, órgão constitucionalmente competente para figurar como titular da ação penal pública incondicionada, defendendo os interesses da coletividade, sem, contudo, olvidar a necessidade de observar as regras do devido processo legal. Como a sociedade está inserida em um Estado Democrático de Direito, torna-se imprescindível o respeito aos princípios constitucionais penais, aos direitos e garantias constitucionais, tão preciosas à vida em coletividade. Este, parece-me, é o ponto central – a realização de um processo justo e efetivo.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6 ed. revista, atualizada e ampliada. - São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BOLDT, Raphael. **Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> >. Acesso em: 8 out. 2018.

_____. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de out. de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2018.

_____. **Recomendação nº 01, de 13 de nov. de 2014 do Conselho da Magistratura de Pernambuco**. Dispõe sobre a possibilidade de realização de audiências de instrução nos processos criminais, sem a participação do representante do Ministério Público prévia e pessoalmente intimado. Disponível em: < <http://www.tjpe.jus.br/documents/1223830/0/-/98bf7326-26f5-42c2-b454-aebe3b7d24a3> >. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no RHC 69711 / PE, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 27 fev. 2018, publicado em 08 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RHC+69711&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> >. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1348978/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 17 dez. 2015, publicado em 17 fev. 2016. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1348978&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> >. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Apelação Criminal 0000689-40.2015.8.08.0060 / TJES, Relator Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, Primeira Câmara Criminal, julgado em 21 mar. 2018, publicado em 06 abr. 2018. Disponível em: < http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00006894020158080060&Justica=Comum&CFID=102558516&CFTOKEN=35187293 >. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Paraná.** Recurso em Sentido Estrito nº 1369151, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do PR, Rel. Telmo Cherem, julgado em 01 abr. 2004. Disponível em: < <https://portal.tjpr.jus.br/consulta-processual/publico/b2grau/consultaPublica.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff72d6c5e2eb4a83ec9104e36ccb65ab6cb2c4ec1b369e17dee> >. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Piauí.** Apelação Criminal nº 2013.0001.000225-8, Primeira Câmara Especializada Criminal, Tribunal de Justiça do PI, Rel. Des. Raimundo Nonato da Costa Alencar, julgado em 22 maio 2013. Disponível em: < http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/consulta_processo.php?NNNNNNN=0000106&DD=60&AAAA=2007&J=8&TR=18&OOOO=0059&num_unico=00001066020078180059 >. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70053533899, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, julgado em 17 maio 2013. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70053533899&as_q=+#main_res_juris >. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça de Rondônia.** Correição parcial nº 0008936-11.2012.822.0000, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de RO, Rel. Des. Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes, julgado em 02 maio 2013. Disponível em: < <https://www.tjro.jus.br/apsg/pages/DocumentoInteiroTeor.xhtml> >. Acesso em: 25 out. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 18 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Francisco Ortêncio de. A nulidade absoluta pela não intervenção do representante do Ministério Público em atos essenciais da ação penal pública. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal.** Porto Alegre, vol. 4, nº 01, 2018.

CASARA, Rubens Roberto Rebello; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica.** Vol. 1: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal.** 12 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Processo Penal.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. 2 ed. **Revista Atualizada e Ampliada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22 ed. Revista Atualizada e Ampliada – São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais – Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. 31 ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Laurita. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.