

RECURSO ESPECIAL Nº 1.542.326 - RS (2015/0164660-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : JANDIR MIGUEL BOURSCHEID
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça gaúcho**, que, ao julgar a Apelação Criminal n. 70058186420, **reformou a sentença condenatória e absolveu o recorrido, com espeque no art. 386, VII do CPP, da imputação de haver praticado a contravenção penal prevista no art. 21 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, na forma da Lei 11.340/2006.** Ao final, o aresto ficou assim ementado (fl. 121):

APELAÇÃO CRIMINAL. VIAS DE FATO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NULIDADE. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS.

O Ministério Público, como titular exclusivo da ação penal pública, deve intervir em todos os termos do processo por ele intentado, sob pena de nulidade, conforme artigo 564, III, "d", do CPP. Portanto, devem ser desconsiderados os depoimentos colhidos em audiência que, devidamente intimado, o representante da acusação não se faz presente, uma vez que eivados de nulidade absoluta. Outrossim, ainda que reconhecida a nulidade da prova produzida na única audiência de instrução realizada no feito, descabe cogitar de refazer o ato processual, tendo em vista que ninguém pode se beneficiar da nulidade a que deu causa. Assim, por serem nulos, os depoimentos prestados na referida solenidade não podem servir como prova para o julgamento. APELO DEFENSIVO PROVIDO.

O recorrente **alega negativa de vigência dos arts. 563, 564, III, "d" e IV, 565, 571, II e VIII, 572, I, 573, 156 e 212, todos do Código de Processo Penal**, porque "O órgão fracionário da Corte *a quo* considerou que a ausência do órgão do Ministério Público, detentor do ônus probatório, na audiência de instrução, configura violação ao sistema acusatório e, por via de

consequência, leva ao reconhecimento de que inexistente prova nos autos produzida pela acusação e apta a amparar a condenação" (fl. 143).

Assere, ainda, que "revela-se incoerente e divorciada dos princípios que norteiam o processo penal, mormente o da verdade real, a ideia de que o juiz, em audiência, tenha de adotar postura inerte, de mero fiscal das perguntas formuladas pelas partes", pois "a nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal apenas consagrou a possibilidade de inquirição direta das testemunhas pelas partes, sem qualquer prejuízo aos poderes do magistrado na coleta da prova, inclusive quanto à precedência de seus questionamentos em audiência" (ambos à fl. 148).

Requer, por isso, o conhecimento e o provimento do recurso especial, para que o acórdão recorrido seja reformado ou, caso se entenda pela invalidade da prova, para que seja determinada sua renovação (fl. 150).

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 232-236, pelo conhecimento e pelo provimento do recurso especial.

Decido.

I. Admissibilidade

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos para o seu processamento, razões pelas quais **comporta conhecimento** para exame das aventadas questões jurídicas controversas.

II. Ato processual realizado sem a presença do Ministério Público – ausência de nulidade

Ao julgar o apelo defensivo e absolver o recorrido, assim fundamentou o relator quanto à ausência do *Parquet* local na audiência de instrução (fls. 123-128, destaquei):

Pois bem. Vinga o apelo defensivo, **sendo de rigor a absolvição do réu por insuficiência de provas**. Explico.

A partir dos elementos constantes dos autos, verifico que o **agente ministerial - embora regularmente intimado (fl. 40) - não compareceu à audiência una de instrução realizada no dia 30/07/2013** (fls. 48/50).

Com efeito, **é obrigatória a intervenção do Ministério Público**

em todos os termos dos feitos por ele intentados, o que inclui, inexoravelmente, o dever de presença em audiência. A falta de intervenção do Ministério Público, portanto, constitui causa de nulidade absoluta, sendo dispensável qualquer demonstração de prejuízo - que é presumido (artigo 564, inciso III, "d", do CPP).

***In casu*, considerando que o agente ministerial não se fez presente na única solenidade ocorrida nos autos, em que foi colhida toda a prova oral, imperioso o reconhecimento da nulidade desta prova.**

Todavia, deixo de determinar a renovação do ato. Isso porque é inconteste que o Ministério Público foi quem deu causa à nulidade - já que, regularmente intimado, não compareceu à audiência de instrução -, não podendo, agora, ser beneficiado com nova oportunidade de produzir essa prova.

Destarte, ninguém pode se beneficiar da nulidade a que deu causa. Em outras palavras, é o que preceitua o princípio geral do direito de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

Nesse sentido, reitero, se o agente ministerial provocou a nulidade - ao não comparecer à audiência una de instrução, quando foi ouvida a vítima e interrogado o réu -, não pode se prevalecer da declaração de nulidade seguida da determinação de refazimento do ato processual, sob pena de ofensa a um dos princípios informadores de todo o ordenamento jurídico.

Por oportuno, destaco que a possibilidade de aplicação dos princípios gerais do direito no âmbito do processo penal emerge do disposto no artigo 3º, do CPP, *verbis*:

Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento **dos princípios gerais de direito**, (grifei).

Logo, sendo nula a prova produzida, esta não pode servir de alicerce para o julgamento.

Ainda, constata-se que na ocasião **o magistrado a quo não só presidiu a instrução probatória como também substituiu uma das partes processuais efetuando perguntas para a testemunha**, o que é inadmissível sob a ótica de um Sistema Acusatório e do Princípio Constitucional do Contraditório.

[...]

Destarte, considerando que toda a prova judicializada é nula - por ter sido produzida na audiência em que o representante do Ministério Público não se fez presente -, não restam outros elementos probatórios aptos a alicerçar a condenação.

[...]

Face ao exposto, dou provimento ao apelo defensivo, para

absolver o réu, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do CPP, julgando prejudicada a análise das preliminares.

Imperioso observar que, recentemente, relatei recurso em habeas corpus em tudo semelhante ao caso dos autos, em que toda a inquirição das testemunhas pelo Juiz deu-se na ausência do representante do Ministério Público, e concluí pela existência de vício processual, com a consequente declaração de nulidade do ato judicial e, consoante a interpretação do art. 573 do Código de Processo Penal, a renovação da audiência de instrução. Todavia, esta Sexta Turma, entendendo de forma diametralmente oposta, decidiu nos seguintes termos:

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

1. Segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP).

2. As modificações introduzidas pela Lei n.º 11.690/08, ao art. 212 do Código de Processo Penal, não retiraram do juiz a possibilidade de formular perguntas às testemunhas, a fim de complementar a inquirição, na medida em que a própria legislação adjetiva lhe incumbe do dever de se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos (princípio da verdade real e do impulso oficial), o que afasta o argumento de violação ao sistema acusatório.

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

finais, não logrando demonstrar qual o prejuízo causado ao réu.

4. Recurso especial provido para excluir a nulidade reconhecida pelo Tribunal *a quo* e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos a fim de que se prossiga no julgamento do mérito do apelo. (REsp n. 1.348.978/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti, Rel. p/acórdão Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/2/2016)

Por isso, não obstante a consolidação do posicionamento desta Sexta Turma quanto ao tema, **ressalvo meu entendimento de que a ausência do membro do Ministério Público pode ensejar a anulação de um ato processual como a audiência de instrução e julgamento, a depender do exame do caso.**

Com tal ressalva, portanto, **é o caso de, respeitosamente, seguir o pensamento majoritário desta Corte Superior, segundo o qual 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 a defesa não impugna no momento oportuno e não há demonstração de efetivo prejuízo. Confira-se:

[...]

I - **Inexiste nulidade na ação penal por ter o Magistrado conduzido audiência de oitiva das testemunhas de acusação, inquirindo-as sobre os fatos constantes da denúncia, sem a presença do Membro do Ministério Público.**

II - Eventual prejuízo pela ausência do representante do Parquet, caso houvesse, só interessaria à acusação, sendo inadmissível o reconhecimento de nulidade relativa que só à parte contrária interessa.

III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.491.961/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 14/9/2015, destaquei)

[...]

2. Esta Corte Superior de Justiça já pacificou o entendimento de que a simples ausência do órgão acusatório na audiência de oitiva de testemunhas não enseja a nulidade do ato, impondo-se à defesa a alegação oportuna do defeito processual, bem como a comprovação do prejuízo suportado pelo réu. Precedentes.

3. **No caso dos autos, além de não ter havido a impugnação oportuna da defesa quanto à ausência do Ministério Público**

em algumas das audiências de instrução, seja porque o referido órgão estava atuando em outro processo, seja porque estava em substituição em outra comarca, tem-se que o próprio Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, o que afasta a alegação do prejuízo em tese suportado pelos acusados. (HC n. 312.668/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 7/5/2015, destaquei)

III. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **dou provimento ao recurso especial**, para, afastada a nulidade reconhecida pelo Tribunal de origem, restabelecer a decisão de primeiro grau.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2016.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**