

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL
3ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1782/2005

Apelante: *Nelsa Maia do Amaral dos Santos*

Apelado: *Ministério Público*

Relator: *Desembargador Álvaro Mayrink da Costa*

Acórdão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Processo Penal. Sistema acusatório. Princípio do contraditório e da ampla defesa. Princípio da imparcialidade do juiz. Limites do juiz em relação à iniciativa probatória. Nulidade absoluta da ação penal de iniciativa pública. Reconhecimento.

1. Tem-se presente nos autos que no termo do interrogatório da acusada fora lançado “Ausente o MP, justificadamente” e, ao final, “Que foi dada oportunidade às partes para se manifestarem na forma do art. 188 do CPP”. Por óbvio não poderia o órgão do Ministério Público ter se manifestado se estava ausente do ato processual.

2. Com a edição da Carta Republicana de 1988, adota-se o sistema acusatório afastando-se o vetusto modelo inquisitorial; assim, o Ministério Público, diante do art. 129, I da Carta Política, tem o monopólio da ação penal de iniciativa pública, bem como resguarda-se o princípio da igualdade das partes em relação ao devido processo legal, o juiz competente e imparcial. Diante do sistema acusatório limita-se o poder de intervenção de iniciativa probatória do juiz, que deixa de ser parte substitutiva do órgão do Ministério Público.

3. A iniciativa probatória do juiz só tem cabimento diante de prova já produzida, jamais se admitindo que o juiz substitua o Ministério Público, transformando-se em órgão acusador.

4. A realização de instrução criminal de ação penal pública, sem a presença do Ministério Público, acarreta nulidade absoluta, insanável por violação do sistema acusatório.

5. Nulidade absoluta da ação penal decretada a partir do interrogatório.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal em que figura como apelante Nelsa Maia do Amaral dos Santos e como apelado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, decretar a nulidade absoluta da presente ação penal a partir do interrogatório, nos termos do parecer da Procuradoria de Justiça.

1. RELATÓRIO

1.1 - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Nelsa Maia do Amaral dos Santos, ré-apelante, com patamar no art. 593, I do Código de Processo Penal, irresignada com a sentença condenatória, prolatada a fls. 134/145, pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Barra do Piraí, que julgou procedente o pedido deduzido na pretensão punitiva ajuizada pelo órgão do Ministério Público, pela incidência comportamental no art. 12, § 1º, II da Lei 6368/76, à pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão e 50 DM, em regime prisional integralmente fechado, objetivando a reforma do julgado *sub examine* recursal recorre, sendo o recurso interposto a fls. 147, tempestivamente recebido a fls. 157, ofertando suas razões recursais a fls. 150/156, sustentando e pleiteando, em síntese, que seja reformada a sentença para a absolvição da apelante ou, se assim não for entendido, a desclassificação do tipo penal para que possa ser aplicada pena alternativa.

1.2 - Contra-razões recursais apresentadas às fls. 159/166, pelo autor apelado, manifestando-se no sentido de que seja negado provimento ao recurso.

1.3 - Parecer da Procuradoria de Justiça - fls. 170/174 -, da lavra da Procuradora Drª. *Elizabeth Carneiro de Lima*, opinando no sentido de que seja reconhecida a nulidade absoluta da presente ação penal, a partir do primeiro interrogatório da acusada.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 - A Procuradoria de Justiça argüi preliminar de nulidade insanável por ausência do órgão do Ministério Público de 1º grau na audiência de instrução e julgamento, tanto na primeira parte desta, realizada em 24/5/2004, quanto na 2ª parte, vez que foi ela cindida, realizada a 2ª parte em 21/6/2004. Assim, observa-se, no termo de interrogatório da acusada, a fls. 121, onde foi lançado "*Ausente o MP., justificadamente.*", constar ao final que foi dado oportunidade às partes para se manifestarem na forma do art. 188 do CPP.

A indagação efetuada pela Procuradora Drª. *Elizabeth Carneiro de Lima* é mais do que pertinente: "*Como poder-se-ia manifestar o Promotor de Justiça, se ausente ao ato.*".

2.2 - É óbvio que a realização de instrução criminal de ação penal de iniciativa pública, sem a presença do Ministério Público, acarreta nulidade absoluta insanável, por violação ao Princípio Constitucional, decorrente da ausência da intervenção do Ministério Público, em todos os termos da ação intentada pela parte ofendida quando se tratar de crime de ação pública.

2.3 - Se o Ministério Público é o titular da ação penal, diante do sistema acusatório, não pode o juiz substituir a parte usurpando função constitucional atribuída pelo art. 129, I da Carta Republicana. Vejo ainda violado o Princípio da Imparcialidade do julgador ao exercer o papel de acusador público, tomando-se um *superjuiz*, restando ao acusado só pleitear a Deus a sua defesa.

2.4 - Procurarei fazer uma síntese das minhas posições diante dessa temática. Isto é, o exame dos limites do juiz no que concerne à iniciativa da busca probatória. Mito e dogma da verdade real.

Em primeiro lugar, socorro-me de algumas idéias e indagações. A primeira idéia que me vem à mente seria pertinente ao mito e ao dogma da "verdade real". Diante dessa temática, ressalto o ponto vital de hoje, que seria os limites da iniciativa postulatória do juiz na atividade substitutiva da atuação do Ministério Público, exatamente para abordar a questão do exame do modelo processual a partir da vigência da Carta Política de 1988, no que tange à definição das funções investigatórias e acusatórias e da distribuição dos ônus processuais às partes, mais perto de um sistema acusatório do que de prevalência inquisitorial. Vejo-me com a necessidade, ainda que perfunctoriamente, de elaborar uma releitura do modelo inquisitorial e acusatório, sem antes me esquecer de que vivemos numa época em que o ponto crucial da questão do Estado Democrático de Direito, dentro da minha seara específica, situa-se entre as garantias dos direitos fundamentais individuais de um lado, e, do outro, o estado de emergência. Encontrar o equilíbrio entre uma sociedade de riscos (*Risikogesellschaft*) e conseguir compensar o garantismo processual de um lado, e, de outro, atender às exigibilidades transitórias dos momentos emergenciais, diria que não há saída simples. Dizia BECK que "*a sociedade de risco é uma sociedade catastrófica*".

2.5 - O ponto de equilíbrio estaria no princípio da proporcionalidade. Seria muito fácil colocar dessa forma. Sustento que a missão do Direito Penal é uma só, que é a tutela dos bens jurídicos, e que o fim da pena privativa de liberdade, também, só tem dois endereços: de um lado, a tutela dos bens jurídicos e, de outro, o controle social, sob esses dois aspectos, coloco-me, inicialmente, para fazer o enfrentamento não só teórico, mas, momentaneamente, pretoriano, diante da releitura, em um Estado Democrático de Direito, indagando qual o modelo estratégico a ser tomado? Seria um modelo *inquisitorial* ou um modelo *acusatório*?

2.6 - Ao mesmo tempo, diante desses dois perfis, quando debruço os meus olhos sobre o Código de Processo Penal de 1941, destacaria a exposição de motivos, na parte, exatamente, que diz que o juiz deixará de ser o expectador inerte da produção de provas; sua intervenção na atividade processual é permitida não somente para garantir a marcha da ação penal e ao final julgá-la, mas, também, para ordenar, *de ofício*, fazendo o destaque das provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade.

2.7 - Esse foi o posicionamento do Código e, atrelado a ele, dou destaque somente a dois artigos, em termos da instrução criminal. O art. 156 do Código de Processo Penal diz: "*A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz*

poderá, no curso da instrução criminal ou, antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” e o art. 209, do mesmo diploma: “O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.” A mera leitura da parte final do art. 156, do CPP demonstra que o juiz penal detém amplos poderes investigatórios na fase judicial diante do princípio da verdade real.

2.8 - Diante, portanto, desse modelo inquisitorial do nosso Código de Processo Penal de 1941, quando da chegada da Carta Política de 1988, de imediato, constatou-se que o Código de Processo Penal, assistêmico, não fora recepcionado em vários dispositivos diante do sistema acusatório.

2.9 - E, de pronto, dois dispositivos penais não foram recepcionados pela Carta, os arts. 26 e 531, diretamente ligados ao transvestismo do juiz em Delegado de Polícia e Promotor de Justiça no processo contravencional. O juiz dava início à ação penal pela lavratura do auto de prisão em flagrante ou pela portaria.

2.10 - Portanto, esse era o cerne absoluto do processo inquisitorial. Mas, será que o modelo inquisitorial foi o adotado pela Carta Política de 1988? Diria que a Carta não precisaria expressamente dizer: “Adotamos o sistema acusatório.” Bastaria por quê? Porque os princípios elencados na Carta de 1988 são claros e transparentes para que qualquer novel estudante de Direito possa saber que essa Carta adotou o sistema acusatório. Se abrirmos o nosso velho e ultrapassado Código de Processo Penal, observaremos, no art. 129, inciso I, da Constituição Republicana, quando trata das funções institucionais do Ministério Público, que cabe a ele, *privativamente*, promover ação penal de iniciativa pública.

2.11 - Com isso, encontramos, de início, afastado o modelo inquisitorial e, em sendo afastado, afastamos também a questão da busca da verdade real. Mas não ficou somente aí, poderíamos aduzir que ficou consagrado o *process of law*, o devido processo legal, o contraditório legal, a ampla defesa, a igualdade das partes, o princípio isonômico, da mesma forma que o julgamento por juiz competente e, também, obviamente, por juiz imparcial. No processo acusatório, as funções de acusar, defender e julgar integram atribuição de órgãos distintos, ao contrário do modelo inquisitório. A acusação deverá ser sempre formulada por órgão diverso do juiz. O processo penal desenvolve-se através do contraditório sob a direção de um juiz natural e imparcial.

2.12 - Esse é o modelo acusatório que está consagrado na Carta de 1988. E, portanto, encontramos uma série, que seria cansativa (*v. g.*: arts. 10 §§ 1º e 3º, 13, II, 16, 18, 28, 39, §§ 1º e 4º, 127, 133, 156, *in fine*, 311, 416, *etc.*) incluindo a investigação prévia, a instrução criminal e até a parte da execução penal, citar, que não foi recepcionada diante da própria Constituição, que, como critica o Professor SERGIO DEMORO HAMILTON (“*A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia*”), ainda subsistem em nosso processo penal, sem sequer serem contestados ainda nos pretórios superiores.

2.13 - Ocorrem, exatamente, com relação a essa questão, algumas e longas divergências. Repete-se que a verdade judicial é sempre uma verdade processual.

E peço vênia para dissentir que é inadequado nestes tempos, após a edição da Carta, voltar a falar no Processo Penal com relação ao princípio da verdade real.

2.14 - Gostaria de salientar dois tópicos do artigo da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER - "A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório", uma das mais brilhantes juristas e processualistas brasileiras, que foi publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (v. 7, n. 27, julho/setembro, 1999, pp. 71-72), que difere do meu modesto pensamento. O primeiro diz: "A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte."

2.15 - No segundo tópico, a ilustre jurista acrescenta: "A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embarça a imparcialidade do juiz, que deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória do juiz." E conclui: "Diante da omissão da parte, o juiz de regra se vale dos demais elementos dos autos para formar o seu convencimento. Mas se os entender insuficientes deverá determinar a produção de outras provas...". Salienta que "a visão do estado social não admite a posição pacífica e conformista do juiz, pautada em princípios essencialmente individualistas".

2.16 - Nesse tempo, faria uma releitura diante do sistema acusatório a respeito, ainda em termos do que, ao tempo da edição do Código, o saudoso mestre HÉLIO TORNAGHI, de quem tive a grande honra, quando jovem, de ter sido seu assistente, falava em *processo misto*, havendo várias formas inquisitoriais que não mais podem conviver na clandestinidade diante da Carta Republicana e, evidentemente, sentia que o processo acusatório tinha uma característica mista: inquisitório e acusatório. O primeiro, observado na fase preliminar de investigação, ao passo que, com o ajuizamento da ação penal, adota o caráter acusatório.

O eminente mestre e um dos maiores processualistas brasileiros, Desembargador JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em artigo publicado na *Revista de Direito Renovar* (v. 13, janeiro/abril, 1999, pp. 1-13), com a sua inteligência e conhecimento temático, escreveu erudito artigo sob o título: "Processo Civil e Processo Penal: mão e contramão?" Nesse artigo, em que faz um paralelo entre o processo civil e o penal, embora não seja um fiel adepto do sistema acusatório, por excelência, em certa parte, diz o seguinte: "Duas circunstâncias, pelo menos, justificam semelhante impressão em ordenamentos contemporâneos: a inclinação para restringir em vez de ampliar a atuação dos juízes no campo da instrução probatória."

Mais à frente, em outra passagem, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA conclui: "Por sua particular importância, convém atribuir, em especial atenção, para salientar, mais uma vez, a tendência ao esvaziamento das atribuições do juiz penal como propulsor da instrução probatória, cuja ativação passa a depender, fundamentalmente, da iniciativa das partes", e cita em nota de rodapé: O paradigmático, o art. 190, primeira e segunda alíneas, do Código de Processo Penal italiano e o Código-Modelo de Processo Penal para a América Latina que atribui aos Tribunais o dever de procurar por si a averiguação da verdade mediante os meios de prova permitidos, mas em seguida restringe a iniciativa oficial, durante o juízo, a determinadas

oportunidades e condições. Os ordenamentos contemporâneos se inclinam para restringir, em vez de ampliar, a atuação do juiz no campo da instrução probatória.

2.17 - Portanto, encontramos posições opostas de consagrados processualistas e, modernamente, lembraria também o douto Procurador SERGIO DEMORO HAMILTON, hoje diretor da *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, que possui brilhantes trabalhos em revistas e livros a respeito desta temática, lembrando que no citado artigo "A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia". (In *Processo Penal - Reflexões*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2002, 127), escrito ao examinar nos idos de 1974 o anteprojeto do Código de Processo Penal, saudava com euforia a consagração da forma acusatória pura com a ruptura com o inquisitorialismo vigente. Criticava a norma do art. 408 § 4º do Código de Processo Penal que permite ao juiz verdadeira ação penal *de ofício*, pois a pronúncia, uma vez preclusa a decisão, irá vincular o libelo que o Ministério Público terá que sustentar perante o juiz natural do feito. Lembra que o Ministério Público não está obrigado a aditar a inicial, porém é equívoco dar ao juiz a iniciativa da providência. Ao juiz compete julgar e às partes incumbe promover a ação penal; o juiz, quando julga, atua *de ofício*, é seu ofício, e não a iniciativa de demandar.

2.18 - Do outro lado, acrescentaria a posição de um jovem magistrado do meu Estado, Dr. GERALDO PRADO, que defendeu, na nossa Universidade, com raro brilhantismo, tese de mestrado, que já está em sua 3ª edição, nacionalmente conhecida por *Sistema acusatório* (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004).

2.19 - Apenas fiz essas citações e faço mais uma, da Procuradoria-Geral da República, que tive o cuidado de observar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570, de 12 de fevereiro de 2004, cujo relator foi o eminente Ministro Maurício Corrêa, e o requerimento efetuado pelo Procurador-Geral da República para o Congresso Nacional, no qual se discutia a inconstitucionalidade da Lei nº 9.034, de 1995, onde lá se coloca o juiz de instrução, a realização de diligências feitas pessoalmente por ele, a sua competência investigatória, a ofensa às funções de investigar e de inquirir, a mitigação e as atribuições do Ministério Público e da Polícia Federal.

2.20 - Lamentavelmente, nesta ADIn, não pôde ser aferido o seu mérito, mas, em uma passagem, o eminente Procurador-Geral da República, e está no relatório do Ministro Maurício Corrêa, colocou exatamente a posição, até então da Procuradoria-Geral da República, em relação a essa matéria, quando diz: "O *parquet* alega que o diploma legal em causa compromete a imparcialidade do juiz e contraria todo o sistema acusatório do processo brasileiro." Está escrito, exatamente, no relatório, a posição da Procuradoria-Geral da República. O voto vencido foi do brilhante Ministro Carlos Velloso, que sustentou: "A *figura do juiz estático, expectador do tempo em que o processo nada tinha de público, está superada. O processo hoje tem natureza pública e nele o juiz tem participação ativa na busca da verdade*".

2.21 - Coloquei esses pontos básicos para, exatamente, dizer em relação ao que sustento, diante da Carta Política de 1988, que não me sinto com tranqüilidade de defender, ainda presente o princípio da verdade real. A meu modo de sentir,

a iniciativa probatória do juiz não deve constituir-se em atividade supletiva dos deveres ou ônus processuais atribuídos ao Ministério Público. E mais ainda: que a Carta teve como objetivo, exatamente, estabelecer um divisor de águas, um controlador para limitar, de um lado, na instrução criminal, que é o tema da Mesa, as funções do juiz, como também as atribuições do Ministério Público, mas principalmente do juiz - quando falo da imparcialidade, refiro-me à imparcialidade concreta da instrução criminal. Tenho algumas perguntas provocativas, e as faço diante do art. 564, inciso III, alínea b, do Código de Processo Penal, com relação à nulidade, à falta do exame de corpo de delito, nos injustos penais, em que a atividade deixa vestígios. A pergunta que faria é a seguinte: no curso da ação penal, não tendo o órgão do Ministério Público requisitado o laudo, poderia o juiz, supletivamente, substituí-lo e requisitar o laudo que a parte autora não requisitou?

2.22 - Várias outras indagações poderiam ser propostas: a) o Ministério Público poderia ter, no oferecimento da denúncia, feito o arrolamento das testemunhas, que entendia suficiente e necessário para comprovar por meio da prova oral a sua proposta produzida?; b) poderia o juiz, ao seu bel-prazer, determinar a inquirição de testemunha não arrolada ou desistida, da qual o depoimento fosse tomado por imposição do juiz instrutor e, sobre esse depoimento, julgasse procedente o pedido?; c) isso violaria ou não o processo acusatório?; d) violaria o processo acusatório o juiz, *de ofício*, determinar a prisão preventiva do réu no curso da ação penal? Não discutirei que o legislador teve o cuidado em relação à prisão preventiva, porque diante da prisão temporária, não temos investigação. Então o juiz, *de ofício*, não pode decretar a prisão temporária, tem que ser provocado. No processo acusatório, em relação à prisão preventiva, o juiz não poderia se antecipar e decretar a prisão preventiva, somente provocado pelo Ministério Público. Falo em relação ao impulso. E digo mais, o juiz que antevê a prova e verifica que ela poderá prejudicar o réu - e, evidentemente, não foi requerida pela parte autora, que é o Ministério Público -, passa, então, a substituir o Ministério Público acusando-o? Teríamos a figura do *superjuiz* dentro do processo. O réu teria que enfrentar no processo não só o promotor como também o juiz travestido de acusador público, na fase da instrução criminal.

2.23 - A conciliação que vejo, para que possamos chegar à coexistência entre o *princípio acusatório* e, evidentemente, o *princípio inquisitório*, presente no Código, e na Carta Constitucional, está exatamente no art. 156 do diploma Processual, quando a atividade probatória for no sentido de *dirimir dúvida sobre ponto relevante*, mas essa atividade estaria em relação à *prova produzida* e não em razão da *deficiência probatória*; portanto, o juiz só teria condições de produzir, de impulsionar, de iniciar a fase probatória quando, efetivamente, já estivessem nos autos as *provas colhidas*. Dou um exemplo: se já tivéssemos nos autos vários depoimentos, e o juiz, em razão do princípio da livre convicção, tivesse dúvidas em razão dos depoimentos prestados - aí, sim, concordo com a Professora ADA PELLEGRINI -, não poderia ficar refém das partes. Diante do princípio acusatório, da prova produzida, poderia determinar uma acareação ou uma nova inquirição.

O juiz, diante de uma prova pericial que já estivesse nos autos, poderia nomear novo perito, requisitar, ouvi-los, diante de *provas que já foram produzidas*. O que não pode é buscar provas, porque quem tem que buscá-las é o Ministério Público.

2.24 - Para terminar, coloquei a questão da limitação relativa probatória em relação à parte autora, que é o Ministério Público. E quando fosse a favor do réu? Por que o *bis in idem* em detrimento do réu? Também ficaria limitada em relação ao réu? Em relação ao réu, mostrando que o dogma da verdade real não é dogma, porque, na ação de revisão criminal, só este tem para propô-la. Não tem legitimidade na ação revisional. O princípio da verdade real não é dogma no Processo Penal.

2.25 - Repita-se: por quê dois órgãos do Estado (Ministério Público e juiz penal) devem alinhar-se na perseguição criminal em desfavor do réu? Responde o Professor SERGIO DEMORO que, no processo penal que se pretenda acusatório, sabe-se absurda a providência que enseja ao juiz enveredar na busca de provas que possam, ao menos, em tese, incriminar o réu. Por mera aplicação do princípio da proporcionalidade sobreleva o direito à liberdade em detrimento do sistema acusatório.

2.26 - O nosso processo ainda é vetusto, porque, no júri, o libelo fica vinculado à decisão de pronúncia, que é exatamente outra quebra do processo acusatório. No júri, o juiz, por força da deficiência da defesa, dissolve o júri para não deixar que o processo continue para que não haja a condenação pela ausência de defesa. O que funciona em relação à defesa para a intervenção do juiz e não funciona em relação ao Ministério Público? Está no art. 5º da Carta Política de 1988. É o *princípio da liberdade*. Quer dizer, quando está diante de uma prova que inocentará o réu, diante dos princípios da liberdade e do livre convencimento, o juiz, nessa parte, deve produzir a prova, porque estaria agindo para constatar a inocência do réu.

Nada mais a aduzir.

3. DECISÃO

3.1 - Pelo fio do exposto, à unanimidade, decretaram a nulidade absoluta da presente ação penal a partir do interrogatório, nos termos do parecer da Procuradoria de Justiça.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2005.
Desembargador ÁLVARO MAYRINK DA COSTA
(Presidente e Relator)