

Promotor de Justiça arrolado como testemunha. Incompatibilidade lógica entre o múnus de acusar e de depor no mesmo processo. Jurisprudência e doutrina.

ASSESSORIAS CRIMINAL E DE ASSUNTOS INSTITUCIONAIS
Procedimento Administrativo MP n° 25.773/01

Origem: 9ª Promotoria de Investigação Penal da Primeira Central de Inquéritos
(Ref.: Processo n° 98.001.070572-6 da 37ª Vara Criminal).

Consulta formulada por Promotora de Justiça subscritora de denúncia a respeito da legalidade, ou não, de sua atuação como testemunha. Incompatibilidade lógica entre o múnus de acusar e de depor no mesmo processo, consoante entendimentos jurisprudencial e doutrinário. Parecer no sentido de sugerir o encaminhamento da presente manifestação à ilustrada Promotora de Justiça para os devidos fins.

PARECER

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça

A Exma. Dra. Ana Lúcia Mello, íclita Promotora de Justiça Titular da 9ª Promotoria de Investigação Penal da Primeira Central de Inquéritos, através do pronunciamento de fls. 02/03, indaga à Chefia do *Parquet* acerca da postura a ser adotada diante de notificação a ela dirigida pelo douto Juízo da 37ª Vara Criminal a fim de que indicasse dia e hora convenientes para a coleta de seu testemunho:

“.....
De acordo com nossa atribuição no órgão de atuação **suso** referido, oficiamos nos autos do Inquérito Policial n° 390/97, oriundo da 19ª DP. O referido procedimento de polícia judiciária visava investigar as circunstâncias e a autoria do evento que culminou com a morte de André de Barros Macieira.

Na formação da *opinio* ministerial, baseada nas inúmeras diligências e provas contidas nos autos, este órgão ministerial ofertou denúncia em face de Luiz Carlos Almeida da Silva e Geraldo Chini, ambos médicos que tiveram atuação ligada ao procedimento médico-cirúrgico que culminou com a morte da referida vítima. A referida inicial foi recebida pelo Juízo da 37ª Vara Criminal da Capital, tendo originado o Processo Criminal nº 98.001.070572-6.

Inusitadamente, no início do corrente mês de outubro, recebemos ofício encaminhado pelo referido Juízo, extraído dos autos daquele Processo, dirigido a V. Exa. e redirecionado a nós pela Chefia de Gabinete, que solicita providências no sentido de intimar esta Promotora de Justiça como testemunha arrolada na Defesa Prévia de um dos acusados.

Tendo em vista que atuamos como parte no referido feito, tendo apresentado o Ministério Público Estadual ao oficiar nos autos da investigação e subscrever a denúncia, entendemos totalmente descabida e ilegal nossa atuação como testemunha nos mesmos autos, sobre os mesmos fatos narrados na exordial.

O conhecimento que possuímos acerca do ocorrido se restringe tão somente a documentação contida nos autos e nossa posição técnica como membro do Ministério Público já foi exposta na denúncia ofertada, e assim nada mais temos a acrescentar que possa auxiliar a Justiça" (fls. 02/03).

Por determinação do 2º Subprocurador-Geral de Justiça, os autos vieram a estas Assessorias Criminal e de Assuntos Institucionais para análise e parecer.

Este é o relatório.

A matéria trazida ao conhecimento da Chefia do *Parquet* não é nova na jurisprudência que, de forma preponderante, vem posicionando-se pela nulidade do processo no qual atue o Promotor de Justiça denunciante como testemunha.

Inicialmente, analisando hipótese em que determinado magistrado havia figurado, a um só tempo, como testemunha do fato e julgador da causa, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, por ocasião do julgamento da Apelação nº 3.488, em 04.12.53, entendeu pela nulidade da sentença condenatória em tal hipótese, tendo o parecer lançado pela Procuradoria Geral de Justiça feito menção a precedente antiquíssimo do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, publicado na *Revista dos Tribunais* nº 170/66.

Posteriormente, cuidando especificamente da suspeição, para o oferecimento de denúncia, por parte do membro do Ministério Público que tenha testemunhado o fato objeto de persecução, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve a oportunidade de assentar que:

“Processo Crime – Nulidade – Denúncia – Oferecimento pelo mesmo Promotor de Justiça que depusera no inquérito como testemunha – Inadmissibilidade – Impedimento – Preliminar acolhida – Inteligência dos arts. 252 e 258 do Código de Processo Penal.

Dispõe o art. 252 do Código de Processo Penal, que o juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que houver servido como testemunha, impedimento que se estende aos órgãos do Ministério Público, *ex vi* do art. 258 do citado estatuto. É verdade que a lei fala em processo, mas esta expressão abrange o inquérito” (2ª Câmara Criminal, j. 27.10.75, RT 486/266).

Tem-se, no mesmo sentido, o acórdão publicado na RT nº 425/311, de março de 1971.

No caso ora em análise, ocorre o inverso: o que se deseja saber é da possibilidade, ou não, de o Promotor de Justiça que participou do momento administrativo da persecução, oferecendo denúncia, figurar como testemunha no processo.

Conforme esclarecido pela ínclita Promotora de Justiça Ana Lúcia Mello, os fatos narrados na inicial não foram por ela presenciados, limitada sua atuação a impulsionar o inquérito e a receber os resultados da investigação, formulando a imputação. Conclui-se, assim, numa primeira aproximação intelectual, que nenhum sentido faria – como de fato não faz – a sua indicação, pela defesa, como testemunha, isto porque, de acordo com a melhor doutrina, *“testemunho é a declaração, positiva ou negativa, da verdade feita ante o Magistrado penal por pessoa (testemunha) distinta dos sujeitos principais do processo penal sobre percepções sensoriais recebidas pelo declarante, fora do processo penal, a respeito de um fato passado e dirigida à comprovação da verdade”* (MANZINI, *apud* FERNANDO DA COSTA TOURINHO, *Processo Penal*, Saraiva, Vol. III, p. 262).

O Superior Tribunal de Justiça, analisando idêntico caso, já teve a oportunidade de decidir pela nulidade da sentença condenatória que vai buscar arrimo em testemunho prestado por Promotor de Justiça que, no desempenho de suas atribuições, tenha atuado na fase administrativa da persecução:

“Processo Penal. Ministério Público. Impedimento. Nulidade.

É irrito o depoimento do órgão do Ministério Público, que, após ter exercido função própria do *Parquet* no inquérito policial, vem a servir como testemunha na fase judicial, estendendo-se a nulidade à sentença de pronúncia que nele se baseou, para arredar alegação essencial da defesa, segundo o princípio da causalidade. *Incompatibilidade lógica cuja base está na separação das funções no processo. Aplicação dos arts. 252, II, e 258, do CPP. Recurso não conhecido*" (Recurso Especial nº 5.502/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Costa Leite, maioria, j. em 01.09.92, DJU 28.09.92 [grifamos]).

No voto do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, a questão foi longamente analisada, merecendo, por sua clareza, parcial transcrição:

".....

O Ministério Público, por imperativo constitucional, é a instituição encarregada de promover a ação penal (art. 129, I).

Apresentada a denúncia, forma-se outra relação jurídica – relação jurídico-processual.

Aqui, o Estado comparece ainda como sujeito ativo e o réu, sujeito passivo.

O Ministério Público é, contudo, sujeito processual, como também o é o réu.

(...)

O autor (processo civil) é parte. Como tal, parcial, no sentido de dirigir a prova exclusivamente no seu interesse.

O Ministério Público (processo penal) é também parte. Todavia, com marcante distinção, própria da essência do processo penal. Este não visa a reclamar do réu o dar, não dar, fazer ou não fazer. Busca, no interesse dele, constatar a imputação. A sanção penal só é aplicável após esgotadas as garantias jurisdicionais, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Juridicamente, tenho repetido, o Ministério Público não é contra o réu. Está sempre em favor dele, impede que eventual condenação anteceda à verificação exhaustiva do fato. O sentido de que o Promotor Público 'acusa' só é válido no sentido vulgar da palavra. Em termos jurídicos, protege o réu.

Daí, *data venia*, não ser concebível falar em 'parte imparcial', expressão que LEONE muito bem definiu como 'significativo *bisticcio*' (*Elementi di Diritto e Procedura Penale*, Napoli, 1972, Jovene, 3ª edição, p. 263). Com efeito, mero trocadilho.

(...)

De outro lado, cumpre lembrar ARTURO SANTORO (*Diritto Processuale Penale*, Roma, 1953, Ed. dell'Ateneo, p. 171) ao distinguir – sujeitos do processo – e – sujeitos no processo. Em linhas fundamentais, os primeiros são partes do processo; os segundos, no entanto, atuam, de um forma ou de outra, no mesmo processo. O juiz, o Ministério Público e o réu são sujeitos do processo. O perito e a testemunha são sujeitos no processo.

A atuação de cada sujeito tem contornos definidos na Constituição da República.

O sujeito da imputação não se confunde com o sujeito do julgamento. O Ministério Público não pode lavrar a sentença, como é vedado ao juiz oferecer denúncia.

Decorre daí, cada sujeito tem atuação limitada. Não pode, então, praticar os atos próprios do outro.

Se assim é quanto ao Juiz e ao Ministério Público, dedução lógica impõe esta conclusão: os sujeitos no processo não podem atuar como se fossem sujeitos do processo. Além disso, a recíproca também é verdadeira – o sujeito do processo não pode agir como sujeito no processo.

Em outras palavras: o juiz e o agente do Ministério Público não podem ser perito ou testemunha. Como o perito e a testemunha não podem ser juiz ou agente do Ministério Público.

A ilação resulta também do princípio da verdade real, que só alcança sua finalidade, caso os protagonistas do processo sejam imparciais.

(...)

O Ministério Público, *dominus litis*, pode acompanhar o inquérito policial, sugerir diligências, acompanhar as provas. Quando o fizer, o seu representante torna-se inibido para ser sujeito da prova, na respectiva ação penal. Torna-se comprometido (sentido jurídico do termo) com o sujeito do processo penal.

Mutatis mutandis, é, ilustrativamente, como no caso de o réu contratar dois advogados para defendê-lo. Evidentemente, nenhum deles, ainda que não pratique qualquer ato no processo, poderá servir de testemunha de defesa. Torna-se também comprometido com um dos sujeitos do processo penal”.

A discussão travada pelo referido Tribunal Superior neste precedente recebeu, é verdade, preciosos subsídios doutrinários, representados por parecer da lavra da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, que, em sua parte essencial, assenta:

“Seja como for, mesmo quando ‘*custos legis*’, o Ministério Público é sempre parte; parte parcial, ou imparcial por vezes, mas sempre sujeito processual. E, no processo penal, em que vai deduzir a pretensão punitiva, é parte parcial. Ora, há uma *incompatibilidade lógica e insanável entre a posição de parte e de testemunha*. Basta analisar a função do Ministério Público no processo penal para afirmá-la, banindo qualquer possibilidade de o Promotor de Justiça testemunhar em processos criminais de que participou, ainda que na fase administrativa prévia.

Além disso, outros princípios impedem ao Promotor que atuou no procedimento vestir a camisa de testemunha: o princípio da *par conditio*, ou paridade de armas, no qual se transfunde modernamente o princípio de igualdade, em sua dimensão dinâmica, e pelo qual acusação e defesa devem litigar em equilíbrio de situações – não iguais mas recíprocas – de modo a garantir a verdadeira contraposição dialética, capaz de assegurar o contraditório efetivo e a imparcialidade da jurisdição. E, ainda, o *princípio da lealdade processual*, que se manifesta na idéia deontológica de correção, pela qual a atividade do juiz e sobretudo das partes deve obedecer a uma escrupulosa regra moral.

(...)

No Brasil, o Código de Processo Penal é expresso no que se refere ao impedimento do juiz (artigo 252, II). E a regra se estende ao Ministério Público, por força do disposto no art. 258 do Código de Processo Penal. É evidente que se não podem, juiz e promotor, atuar em suas funções nos casos em que serviram

como testemunhas, a recíproca impede que sirvam como testemunhas, o juiz e o promotor, que já tenham exercido suas funções no processo (*lato sensu*). O Código de Processo Civil, promulgado em época mais recente e afinado com o respeito aos princípios deontológicos do processo, expressamente inscreve o impedimento de testemunhar de quem é parte na causa (art. 405, § 2º, III). Tais regras aplicam-se inquestionavelmente ao processo penal, por integração analógica, de vez que defluem dos mesmos grandes princípios que informam os dois processos”

Posteriormente, o mesmo órgão julgador teve a oportunidade de ratificar tal entendimento por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 72.368/RJ, Rel. designado para o acórdão o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, maioria, j. 17.12.96, DJU 31.03.97:

“ AR(AI) – Processual Penal – Promotor Público – Prova – O Promotor Público que, no exercício do cargo, colheu provas anexadas, depois, no inquérito policial, ou no processo, não pode ser agente de prova em juízo, relativamente aos fatos por ele investigados”.

Induvidosa, assim, a impossibilidade, sob pena de nulidade insanável (art. 564, I, c.c. arts. 252, II, e 258 do Código de Processo Penal), de figurar o Promotor de Justiça denunciante como testemunha no processo, pouco importando tenha a sua indicação partido da própria defesa. Aliás, no mais das vezes, a indicação de membros do Ministério Público em hipóteses tais parece visar a, de duas uma: **a)** criar a suspeição do Promotor para prosseguir atuando no processo, o que pode ocorrer em Estados que não contem com Centrais de Inquérito; **b)** provocar uma nulidade processual, uma vez que o indeferimento da produção da prova pelo magistrado ensejará a alegação, por óbvio descabida, de nulidade do processo e da sentença por cerceamento de defesa. O seu deferimento e respectiva produção, por outro lado, conduz à mesma alegação de nulidade, aqui acertadamente, só que por parte do co-réu prejudicado pela produção do elemento. Atitude que deve ser processualmente repelida, embora não se possa afirmar esteja a ocorrer no presente caso.

Em assim sendo, é o parecer no sentido de sugerir o encaminhamento da presente manifestação à ilustrada Promotora de Justiça para os devidos fins.

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 2001.

ROGÉRIO PACHECO ALVES
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo:

FERNANDO CHAVES DA COSTA
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

Aprovo. Remeta-se cópia do parecer à Dra. Ana Lúcia Mello, ínclita Promotora de Justiça Titular da 9ª Promotoria de Investigação Penal da Primeira Central de Inquéritos. Publique-se e arquite-se o remanescente.

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça