

RECURSO ESPECIAL Nº 1.815.396 - RS (2019/0147005-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : G F R
ADVOGADO : GILMAR DUTRA RIBEIRO - RS081230

DECISÃO

Trata-se de recurso especial, interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, manejado com apoio no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do respectivo ente federativo, assim ementado:

"EMBARGOS INFRINGENTES. CRIMES SEXUAIS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO.

A ausência do Ministério Público na audiência de instrução criminal, em que é colhida a prova testemunhal acusatória, acarreta a nulidade do processo ante a violação dos princípios acusatório e do devido processo legal.

EMBARGOS ACOLHIDOS." (e-STJ, fl. 282).

Nas razões do recurso especial, o recorrente alega contrariedade aos arts. 212 e 572, I e III, do Código de Processo Penal (e-STJ, fl. 336).

Sustenta, em síntese, que "nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal e do correlato princípio 'pas de nullité sans grief', mostra-se imprescindível a comprovação do prejuízo concreto sofrido pela parte interessada, o que não restou minimamente demonstrado no caso dos autos, vez que este não se confunde com a condenação" (e-STJ, fl. 340).

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 351-354), subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 377-388).

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal merece amparo.

O Tribunal de origem decretou a nulidade do processo, com base nos seguintes fundamentos:

"A Constituição Federal, em seu Art. 129, inciso I, determina ser função privativa do Ministério Público promover a ação penal pública. O direito do acusado de ser julgado por um juiz independente e imparcial impede que se acumulem na pessoa do magistrado as funções de produzir a prova acusatória e, ao depois, já psiquicamente vinculado à iniciativa probatória, vir a julgar o réu.

Com efeito, quando o Ministério Público não se faz presente ao ato processual onde é colhida a prova testemunhal (no caso dos autos:

depoimento da genitora da ofendida e interrogatório do réu), outra coisa não se tem senão a direta e exclusiva iniciativa probatória/acusatória pelo próprio magistrado.

O Art. 212 do Código de Processo Penal determina que as perguntas devam ser formuladas, inicialmente, pela parte que arrolou a testemunha, o que verdadeiramente consagra em nosso ordenamento processual penal o avanço rumo à adoção, por completo, do princípio acusatório, próprio do Estado Democrático de Direito em que vivemos. Assim, se o Promotor de Justiça não está presente e o magistrado passa a inquirir a testemunha de acusação diretamente, como no caso dos autos, viola o juiz o dispositivo legal supramencionado.

O que poderia fazer o juiz para não se desvestir da posição de julgador imparcial e prejudicar a sua própria convicção seria, nestes casos, oportunizar apenas perguntas à defesa, e, na ausência de questionamentos à testemunha de acusação, deveria dispensá-la. Ou ainda remarcar a audiência para buscar dar o necessário equilíbrio processual.

O que não se pode admitir no atual estágio de amadurecimento do constitucionalismo e da ciência processual penal no Brasil é que, com isso, o juiz - por mais nobre que seja a sua intenção, ou seja, a de impulsionar o processo e prestar jurisdição - tome a iniciativa de, com exclusividade, formular todas as perguntas à testemunha de acusação, pois, ainda que sem a intenção de tomar parte em favor da acusação, acaba por prejudicar o acusado no seu direito de se defender apenas da acusação ministerial e das provas por ela produzidas, e de ser julgado por um juiz que se postou equidistante em relação a essa mesma produção probatória.

Enfatize-se que no atual quadrante de evolução do sistema processual penal, em franco avanço rumo ao sistema acusatório, não se pode conceber a função do Ministério Público apenas como a de proponente da ação penal. Sua atuação requer muito mais do que o mero oferecimento da denúncia. E essa atuação, antes de visar à proteção social, que também é tarefa do Direito Penal, igualmente tem o condão de proteger o acusado, para que este saiba de quem está (e que de fato esteja) se defendendo e quais as provas que precisa contrapor.

Neste contexto, acolho os embargos infringentes, uma vez que o posicionamento adotado no voto minoritário, que declarou a nulidade do processo a partir da audiência realizada no dia 22/10/2013, é o que mais se assemelha ao meu entendimento na espécie fática em exame." (e-STJ, fls. 285-286).

Esta Corte Superior entende que "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)" (REsp 1.348.978/SC, relator para acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 17/2/2016).

No caso em exame não houve demonstração de efetivo prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, os seguintes julgados desta Corte:

"[...] 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 1491961/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 14/9/2015, grifou-se).

"[...] 1. **De acordo com o entendimento desta Corte superior, inexistia 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. Precedentes.**

2. Não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática do relator, tendo em vista a possibilidade de submissão do julgado ao exame do órgão colegiado, mediante a interposição de agravo regimental.

3. Agravo regimental improvido"

(AgRg no HC 381.609/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 28/4/2017, grifou-se).

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal também se manifestou no mesmo sentido:

"PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – NULIDADE. Descabe confundir a ausência de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional com a entrega de forma contrária a interesses. RECURSO ESPECIAL – JULGAMENTO DE FUNDO – AGRAVO – NÃO CONHECIMENTO. Uma vez não conhecido o agravo interposto com a finalidade de imprimir trânsito ao recurso especial, descabe versar o julgamento deste, sob o ângulo de as Turmas do Superior Tribunal de Justiça divergirem. AUDIÊNCIA – VÍCIO. Vício na audiência há de ser alvo de impugnação imediata, sob pena de preclusão. AUDIÊNCIA – RÉU – INTERROGATÓRIO – MINISTÉRIO PÚBLICO – AUSÊNCIA. **A ausência do Estado acusador na audiência em que interrogado o réu sinaliza, em vez de prejuízo à defesa, vantagem desta última**".

(HC 120.528/RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe 28/3/2017, grifou-se).

Vê-se, portanto, que Tribunal *a quo* contrariou a norma do art. 212 do Código de Processo Penal, quando anulou o processo, com base em nulidade relativa não suscitada pela parte supostamente prejudicada no momento oportuno, de modo que não poderia reconhecer de ofício que a atuação do juiz, durante a colheita das provas, foi grave a ponto de comprometer o devido processo legal.

Ante o exposto, com base no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial, para afastar a nulidade reconhecida a partir da audiência de instrução (inclusive) e determinar que o Tribunal de origem prossiga no julgamento da apelação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator

