

XXII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

SAUDADES DO PROMOTOR *AD HOC*

Como isso é possível?

André Silvani da Silva Carneiro

23º Promotor de Justiça Substituto de Recife - PERNAMBUCO

1. EXPOSIÇÃO

1.1. Introdução

É cediço que o Ministério Público não apresenta uma estirpe histórica idêntica mundo afora e que não se originou com a feição atualmente conhecida, em especial no caso brasileiro.

Todavia, a matriz comum e mais remota está sem dúvida ligada ao papel de acusador, agentes públicos imbuídos “de punir os rebeldes e os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, acolher os pedidos do homem justo, ouvir as notícias de delitos, **tomar parte nas instruções** para descobrir a verdade e indicar as disposições legais aplicáveis a cada caso”¹ (grifamos).

Os primeiros membros do Ministério Público surgiram no reinado de Felipe III (1245-1285), da França, sendo denominados *procureurs du roi* (Procuradores do Rei). Tratavam-se de juízes, ou magistrados especiais, designados para proceder a acusação. Mas foi no reinado seguinte, de Felipe IV, o Belo (1285-1314), que o Ministério Público surgiu como instituição. A Ordenança de 23 de março de 1303 é considerada sua certidão de nascimento, regulando as competências dos Procuradores do Rei e instituindo a Instituição como magistratura especial, encarregada exclusivamente de perseguir, de ofício, os delinquentes de delitos conhecidos.

Então, foi apenas na França do fim da Idade Média que surgiu o autêntico precursor do moderno representante do Ministério Público, escolhido dentre os que desempenhavam a função de juízes, detendo com exclusividade a acusação. Ali, o processo penal visivelmente se desenvolveu sob outro viés. Não seria justo o julgamento enquanto as tarefas de acusar e de julgar recaíssem numa mesma pessoa. A experiência já havia demonstrado que, de regra, quem julga sobre a acusação promovida por si próprio é tendencioso ao seu acolhimento, apegando-se ao seu teor, tomando-a como verdadeira e minimizando a importância dos argumentos em sentido contrário. Por isso, em tal sistema a imparcialidade mínima essencial não existiria para sustentar um julgamento isento, de vez que o agente público estaria inclinado a ser partidário do trabalho de acusação desenvolvido por ele próprio.

Até então, sobretudo em Roma, apurado o crime, um só agente público era encarregado de promover a acusação, produzir provas e julgar o caso. Dessa forma, esse super agente público acumulava as funções de acusador e de juiz. O “juiz-inquisitorial” dos tribunais da Inquisição seria o melhor exemplo dessa figura, sendo esse modelo de processo penal, não à toa, batizado de inquisitivo e que parece estar banido dos chamados Estados Democráticos de Direito.

No Brasil, seguindo a mesma linha do Direito francês, os primeiros membros do Ministério Público eram integrantes do Judiciário designados para exercer a acusação criminal perante os Juízes onde até então atuavam. Dão exemplos disso **a Constituição de 1824**, que criou o Supremo Tribunal de Justiça e os Tribunais de Relação, dentre cujos desembargadores eram nomeados os Procuradores da Coroa, e **a Constituição de 1891**, que estabeleceu que o Procurador-Geral da República seria indicado pelo Presidente da República, devendo a escolha recair na pessoa de um Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Nas constituições seguintes, conquanto a ele tenha sido dispensado um arcabouço normativo significativamente inferior ao do Poder Judiciário, o Ministério Público foi paulatinamente ganhando autonomia e feição próprias enquanto instituição, até o advento da Constituição Federal de 1988, que o colocou como “*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*”. Seus membros e os do Judiciário permaneceram ostentando garantias comuns, como independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

¹ <http://www.prpb.mpf.mp.br/artigos/artigos-procuradores/a-origem-historica-do-ministerio-publico>

Com base num dado e consolidado momento histórico, foram realmente traçadas as bases de um novo sistema processual penal, denominado de acusatório: **a)** a missão de punir os responsáveis pelo cometimento dos ilícitos mais graves na sociedade incumbe ao Estado; **b)** tal encargo é se dá em duas vertentes inconfundíveis, a acusação e o julgamento, **aquela realizada antes deste**; **c)** a punição com justiça pressupõe que a acusação seja realizada por um órgão ou agente público distinto daquele a quem incumbe a tarefa de julgar.

Assentaram-se, assim, os princípios do promotor natural, pelo qual *ninguém pode ser processado sem um acusador legítimo e idôneo*, e o da inércia jurisdicional, segundo o qual *o juiz não pode punir os ilícitos que verifica na sociedade por iniciativa própria, senão somente mediante a provocação de terceiros*.

Eis as raízes históricas do Ministério Público e do Judiciário modernos, ambos resultantes da divisão das atribuições daquele órgão anômalo existente até quase o fim da Idade Média. A tarefa de aplicar sanções passou a ser realizada não mais por um, mas por dois órgãos estatais. Ao primeiro cumpriria, **com exclusividade**, a tarefa de acusar perante o Judiciário; a este, por sua vez, o encargo de apreciar a acusação, julgando-a. O Ministério Público não pode julgar as acusações que formula, dependendo, dessa maneira, das decisões do Judiciário; este não pode trazer a si próprio as acusações, passando a depender das que são formuladas e levadas a cabo pelo Ministério Público.

De fato, nos dias atuais, é forçoso reconhecer que não existe, **ao menos na estrutura formal do Estado**, um cargo público com poderes semelhantes ao do juiz-inquisitorial. Se existisse, tratar-se-ia de uma espécie de promotor-juiz, ou juiz-promotor, isto é, alguém que incorporaria, simultaneamente, as atribuições de ambos os cargos.

Contudo, conquanto a forma se apresente aperfeiçoada na atualidade, no Brasil se tem feito tábula rasa de tão árduas conquistas históricas. É o que se tenta demonstrar adiante.

1.2. Menos que o “Promotor ad hoc”

Hoje, olhando para o ordenamento jurídico nacional, parece mesmo elementar a compreensão de que a instrução processual não pode se operar sem a intervenção do Ministério Público, titular da ação penal, parte e também *custos legis* no processo, de há muito incorporado o devido processo legal, do qual é corolário o princípio constitucional do contraditório, insculpido no art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil:

"Art. 5º - (...)

LV – aos litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recurso a ela inerentes."²

Não para por aí. Conforme o disposto no art. 129, inciso I, da mesma CRFB, “são funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

E a Lei em questão, fruto da regulamentação infraconstitucional, vê-se nos dizeres dos artigos 100 a 106 do Código Penal (CP) e 24 a 62 do Código de Processo Penal (CPP).

Na prática não é bem assim.

Ocorre que o Tribunal de Justiça de Pernambuco, pelo seu Conselho Superior, entendeu por bem de ignorar a Constituição Federal e toda a legislação infraconstitucional relacionada ao tema, ao editar, em 13 de novembro de 2014, a Recomendação n. 01/2014, recomendando aos magistrados com jurisdição criminal que “realizem as audiências de instrução, sem a participação do representante do Ministério Público, desde que tenha havido sua prévia intimação pessoal para comparecer aos referidos atos processuais”.

Como assinala o defensor público pernambucano, Igor Araújo de Arruda, em artigo publicado “A aludida Recomendação é além de inválida, a partir das premissas legal, convencional e constitucional, desatualizada, utilizando-se de precedentes do STJ ultrapassados (RHC n. 27.919/RS, T6, DJe 14/04/2014), mantendo em vigor recomendação administrativa ilegal (art. 96, inc. I, “a”, CRFB), causadora de insegurança jurídica e fomentadora de anulações de inúmeros processos-crime, não atingindo seu desiderato, mas verdadeiramente sendo possível o contrário: a duração irrazoável dos processos com a sua anulação e retorno à fase probatória (art. 573, CPP), o reconhecimento de inúmeras teses extintivas da pretensão punitivo-acusatória e o relaxamento de prisões ilegais (art. 5.º, inc. LXV, CRFB c/c Súmula 64, STJ).”³

² <https://jus.com.br/artigos/46443/audiencia-de-instrucao-criminal-sem-orgao-de-acusacao-e-o-protagonismo-imparcial>

³ Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 5-10-1988.

A tímida e pontual reação do Conselho Superior do MPPE ao ato extremo do Tribunal de Justiça veio com a publicação no Diário Oficial, em 20 de novembro de 2014, da Instrução Normativa n. 001/2014, simplesmente recomendando aos membros “que, ao serem intimados para audiências/sessões do júri, cujas datas coincidam com outras intimações já efetuadas, registrem a impossibilidade de comparecimento e requeiram o adiamento do ato processual. Na hipótese de manutenção da audiência, façam o devido protesto nos autos, a fim de evitar preclusão, e avaliem a ocorrência de prejuízo ao regular processamento da ação, com a adoção das medidas judiciais cabíveis”.

Por parte da Associação do MPPE coube a propositura do Procedimento de Controle Administrativo – PCA, junto ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ (n. 00071-07.2015.2.00.0000), com pedido de liminar para a suspensão do ato (alcançado e nunca cumprido pelo TJPE) e, no mérito, a invalidação da própria Recomendação n. 01/2014. No mérito, considerada válida o ato atacado, sendo do seguinte teor a ementa resultante da decisão do CNJ:

“RECURSO EM PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PUBLICAÇÃO DE RECOMENDAÇÃO. AUDIÊNCIA CRIMINAL. REGULAR INTIMAÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO COMPARECIMENTO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ORIENTAÇÃO SEM NATUREZA IMPOSITIVA.

1. O ato administrativo ora impugnado mostra-se consentâneo com a jurisprudência pátria, cabendo ao Ministério Público noticiar previamente, em cada ato processual, eventual dificuldade objetiva a impedir o comparecimento de seu membro à audiência para a qual foi regularmente intimado. Precedentes do STF (RE 179272, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 02/10/2001, DJ 14-12-2001) e do STJ (HC 297.684/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 10/11/2014).

2. As orientações apresentadas administrativamente pelo Tribunal, com natureza de mera recomendação, não afastam a prerrogativa do magistrado para condução do processo e, conseqüentemente, administração da pauta para agendamento das audiências e demais atos processuais.

3. Recurso provido para julgar improcedente o pedido formulado na inicial.”

O entendimento do CNJ de que “O ato administrativo ora impugnado mostra-se consentâneo com a jurisprudência pátria, cabendo ao Ministério Público noticiar previamente, em cada ato processual, eventual dificuldade objetiva a impedir o comparecimento de seu membro à audiência para a qual foi regularmente intimado”, diz o quão equivocado é o fundamento da decisão.

Ora, basta examinar o conteúdo dos votos divergentes no julgamento do caso pelo CNJ, para se constatar que, além de ignorar os conteúdos das decisões mais recentes a respeito do assunto e que foram apresentados pelo relator do caso e por outros Conselheiros, a decisão na verdade se valeu de posicionamentos que não se aplicam de modo algum ao caso, fazendo crer que alguns dos integrantes do órgão de controle, sequer sabiam do que se tratava. Apenas para exemplificar, eis uma das decisões ali mencionadas para fundamentar um dos principais votos e a decisão final:

“TJ-RS - Apelação Cível AC 70042526426 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 19/07/2011

Ementa: **APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA PROVISÓRIA. AGRAVO RETIDO. INTIMAÇÃO DO, EM. MINISTÉRIO PÚBLICO AUSÊNCIA AUDIÊNCIA OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 84, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NULIDADE INOCORRENTE.** O não comparecimento do em Ministério Público audiência para a qual foi devidamente intimado não acarreta nulidade do feito, pois observado o disposto no artigo 84 do Código de Processo Civil. **GUARDA PROVISÓRIA. MANUTENÇÃO DO MENINO JUNTO À FAMÍLIA CANDIDATA À ADOÇÃO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.** Estando o casal regularmente habilitado para a adoção, desde setembro de 2009,...”

Contudo, mesmo antes da citada Recomendação 01/2014, diversas audiências no âmbito penal já eram diuturnamente realizadas, em todo o Estado de Pernambuco, sem a intervenção de um membro do Ministério Público, mesmo diante do conhecimento antecipado de que a ausência não decorreria de desídia do integrante ou da Instituição, mas antes e tão-somente da impossibilidade de atender a atuações simultâneas e incompatíveis materialmente entre si, fisicamente impossíveis de serem compatibilizadas, tal qual igualmente ocorre com outras instituições operadoras do direito (Advocacia, Defensoria e o próprio Judiciário). A Recomendação institucionalizou o procedimento, massificando-o.

Atualmente, de tão consolidada e banalizada que resta a arbitrária prática, pouco importa a existência de “eventual dificuldade objetiva a impedir o comparecimento”, pois de qualquer modo a audiência se realiza, no todo ou em parte, sem o representante do Ministério Público. E, tornando tudo ainda mais grave, a sentença é proferida, mesmo que sem as alegações finais do *Parquet*, pois a promoção da ação penal pelo Ministério Público em Pernambuco é apenas circunstancial, isto é, desde que recebida a denúncia, com ou sem promotor de justiça, o processo chegará a um termo.

A título de exemplo, observe-se o teor de recente despacho de magistrado pernambucano, em audiência realizada em 10 de maio de 2017, junto à 1ª. Vara de Entorpecentes da Capital, ao se permitir realizar a instrução processual inteira sem o representante do Ministério Público, mesmo diante de antecipado e fundamentado requerimento:

“Com relação ao teor da petição de fls. 167 a 178 de lavra do Representante Ministerial, tenho a dizer que: entendo a preocupação do eminente órgão, no entanto impossibilitado estamos em atender-lo, vez que o adiamento da presente audiência, com a pauta anteriormente publicada, com as intimações regularmente realizadas, causará um sério transtorno aos jurisdicionados, aos insígnis defensores e a este magistrado, razão pela qual, pedindo-lhe vênia, INDEFIRO.” (Proc. n. 0018200-48.2016.8.17.0001)

Curiosamente, em sentido contrário à atual prática e evidenciando o retrocesso do momento, está o manifesto em Pernambuco **há mais de dez anos**, em janeiro de 2006, firmado pelos representantes máximos de cada uma das instituições de Justiça do Estado: o MPPE; a Ordem dos Advogados do Brasil; a Defensora Pública; e o próprio Tribunal de Justiça:

“O Ministério Público de Pernambuco (MPPE), o Tribunal de Justiça (TJPE), a Ordem dos Advogados do Brasil – seção Pernambuco (OAB-PE), a Defensoria Pública Estadual e a Secretaria de Justiça e Direitos Humanos assinaram nessa quinta-feira (12) manifesto em defesa do Direito Humano de acesso à Justiça. No documento, as cinco instituições firmaram um pacto se comprometendo a recomendar aos seus membros que se abstenham de realizar ou participar de audiências sem a presença **de um representante do MPPE**, da Defensoria Pública e da OAB.” (grifamos)

O mesmo manifesto apresenta em sua fundamentação, entre outras coisas o seguinte:

“Mais adiante, nos artigos 127 a 134, foram erigidas à condição de funções essenciais e indispensáveis à Justiça, o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública, **instituições que, por seus membros, devem em número adequado sempre estar presentes em todos os atos relativos ao exercício desse direito, sob pena de negar-se vigência à normativa internacional e à Constituição da República.**” (grifamos)

“No documento, as cinco instituições firmaram um pacto se comprometendo a recomendar aos seus membros que se abstenham de realizar ou participar de audiências sem a presença **de um representante do MPPE**, da Defensoria Pública e da OAB.” (grifamos)⁴

Porém, ignorando completamente até mesmo o **notável entendimento interinstitucional**, coloca-se a surpreendente Recomendação n. 01, de 13 de novembro de 2014, do próprio Conselho Superior da Magistratura de Pernambuco, **agora** exortando aos juízes criminais a realizarem audiências sem a intervenção de um membro do Ministério Público.

³ fonte: assessoria de imprensa do MPPE, no site da instituição: www.mp.pe.gov.br, em 13.01.2006.

Na realidade, optou-se por um tipo de “solução”, unilateral e arbitrária, diante da impossibilidade da figura do *promotor ad hoc*.

A propósito, foi o próprio Supremo Tribunal Federal que julgou, em 28 de agosto de 2003, a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 2874 ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, contra o ousado ato do corregedor-geral de Justiça do estado de Goiás, que previa a possibilidade de designação de promotor "ad hoc". A decisão unânime acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, que assim se pronunciou:

“Custei a imaginar que a referência à nomeação de promotor ad hoc pudesse alcançar, como realmente alcança, a atuação em defesa da sociedade, em nome do Ministério Público estadual de pessoa estranha ao quadro deste último. Mas é exatamente esse o objetivo da norma, conforme depreende-se das situações previstas para chegar-se à nomeação e também das informações apresentadas. Problemas relacionados à ausência dos promotores de Justiça aos atos processuais nas comarcas do estado não autorizam a Corregedoria Geral de Justiça a substituir-se quer ao Legislativo na criação dos cargos, quer ao Ministério Público na feitura dos concursos”.

Todavia, como é possível se considerar inconstitucional a nomeação de um substituto “ad hoc” à fazer as vezes do Ministério Público, mas se aceitar a realização da instrução do processo penal com ainda menos do que isso, isto é, **sem nenhum tipo de representação?**

Chama a atenção, o fato de que, como agora, à época se tentava justificar a medida pela necessidade de "suprir ausência momentânea do promotor na comarca".

O acórdão prolatado pelo **Conselho Nacional do Ministério Público**, nos autos do **Pedido de Providências 1.00326/2015-02**, oriundo de Representação do Tribunal de Justiça de Pernambuco, a respeito da ausência de representantes da Instituição em audiências e sessões do Tribunal do Júri, esclarece que tais ausências decorrem de fatos não imputados diretamente aos membros, os quais não comparecem aos atos em razão do déficit de cargos na instituição e das restrições orçamentárias. Ao final, recomenda o CNMP a nomeação dos candidatos aprovados no último concurso público para membros, observada a disponibilidade financeira e orçamentária (<http://migre.me/t23Tp>).

Mas, se é verdade que o Ministério Público em Pernambuco enfrenta dificuldades pela existência de mais de uma centena de cargos vagos, **há também outra centena de aprovados prontos para serem nomeados promotores de justiça**. Por outro lado, igualmente é fato que o Poder Judiciário local tem seus próprios limites, de modo que ainda diversas audiências são adiadas por falta de juízes, mas nem por isso não improvisam as partes a realização da instrução sem a presidência de um magistrado, o que poderia até ser feito seguindo as bases do mesmo raciocínio prático, e não jurídico, de que se vale a Magistratura para realizar audiências criminais sem a intervenção de um membro da instituição ministerial.

Decerto que, assim, teríamos um sistema de justiça bem mais célere, pagando-se alto preço por isso. Mas, se há de se fazer letra morta das garantias e prerrogativas diversas atingidas com esses conceitos, de há muito ultrapassados, então que se promova logo as reformas legais necessárias (em sendo possível). Para quê um Ministério Público, no processo penal, cuja atuação não é certa, mas circunstancial? O juiz faz-tudo está aí para suprir essa insuficiência de promotores de justiça, fazendo também suas vezes. Melhor liberar por completo a instituição para uma atuação estritamente extrajudicial. E o Brasil que apresente ao mundo jurídico essa jabuticaba.

Quem imaginaria a Advocacia ou a Defensoria aceitando a realização da instrução criminal sem a sua efetiva intervenção? E o que dizer do próprio Judiciário, calando diante de um proceder arbitrário como este, encampando o promotor de justiça função privativa do juiz? Sabemos que não aceitariam nem por um momento, sequer um único ato assim. Eles riem da só hipótese. Então, a indagação certa a fazer é: e porque justamente nós membros do Ministério Público, incumbidos da defesa do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais, *custos legis* no processo, aceitaríamos?

A sedimentada prática, agora convalidada pelo próprio CNJ, de se promover assim o andamento da ação penal, coloca o Ministério Público da nação, uno e indivisível, diante de um tamanho retrocesso que, espelhando-se em período medieval da história, em que acusador e juiz se fundiam em um mesmo ator, faz com que se tenha mesmo saudades do promotor *ad hoc*, onde ao menos uma figura distinta do juiz fazia as vezes do órgão de acusação, a um só tempo preservando a imparcialidade do magistrado e “representando” o Ministério Público em audiência.

Perceba-se que não se defende aqui o retorno da figura escatológica do promotor nomeado, com o perdão pelo excesso metafórico. O que se aponta é tão-somente o tamanho do atraso em que permitimos nos colocar (o que somente seria possível explicar em uma abordagem a parte, posto que são múltiplas e complexas as causas a se reportar).

Neste caso, a ideia de se alcançar a tão almejada celeridade processual, parece filiada ao pensamento de que os fins justificariam os meios e a “prestação jurisdicional” mais célere abonaria um verdadeiro descarte do Ministério Público na instrução do processo penal – menos que o “*promotor ad hoc*”, ainda que a Constituição Federal estabeleça que essa “função jurisdicional do Estado” apenas se perfaz com a participação da Instituição esquecida, de conformidade com as fórmulas estabelecidas.

1.3. Manifestos Aspectos de ilegalidade

O Ministério Público é o titular da ação penal pública, cabendo-lhe a sua promoção. Observe-se que primeira, efetiva e mais ampla oportunidade de promoção da ação penal se dá na instrução processual, já que os demais atos de intervenção no feito são formas de encaminhamento secundário ou indireto da ação. É o que ocorre quando, por exemplo, é requerida a realização de perícia ou a juntada de prova emprestada.

Parece evidente que, sem a concreta intervenção de um membro do Ministério Público na instrução do feito, a realização do ato e produção de “prova condenatória” pelo próprio magistrado claramente gera nulidade de caráter absoluto, **ainda que tenha ocorrido a intimação do membro para o ato** – mera formalidade necessária para dar conhecimento de hora e local da audiência, apenas.

É importante destacar que o que a Lei processual penal assegura, assim como a Constituição Federal e os tratados internacionais pertinentes a matéria, é a efetiva atuação das partes no contraditório e não apenas a mera faculdade aos envolvidos ou, menos ainda, a simples intimação para o ato.

Porém, evidencia-se ainda mais prejudicial ao interesse público a falta do Ministério Público na produção da prova penal, quando se vê que, **além de promover privativamente a ação penal como parte autora**, também atua o *Parquet* como fiscal da lei, sendo constitucionalmente considerado essencial à função jurisdicional do Estado, incumbências que são necessárias e absolutamente insubstituíveis, muito menos passíveis de serem suprimidas.

Destarte, a realização do ato sem um representante do Ministério Público, além de contrariar o basilar princípio da igualdade de tratamento às partes, **maculando o devido processo legal e o seu corolário o contraditório**, ainda compromete aquelas privativas atribuições ministeriais e a própria função jurisdicional do Estado em sua plenitude.

O **devido processo legal** se traduz em um princípio do Direito que pretende garantir aos litigantes um processo com todas as etapas previstas em lei, dotado de completas garantias constitucionais, de modo que o desrespeito às regras torna o processo nulo. A importância de tal princípio é tamanha que, além de estar presente na maioria das constituições dos países soberanos, figura ainda na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos.

De tal forma, no meio processual, especificamente na esfera do direito probatório, o princípio do contraditório, que decorre do devido processo legal, manifesta-se na oportunidade que os **litigantes** têm de requerer a produção de **provas e de participarem de sua realização**, assim como também de se pronunciarem a respeito de seu resultado, por isso mesmo podendo ser definido pela expressão *latina audiatur et altera pars*, que significa “ouça-se também a outra parte”.

Também não se deve perder de vista que, mais recentemente e não por acaso, a Lei n. 11.690/2008 fez pontuais alterações no Código de Processo Penal, eliminando claramente o sistema presidencialista de inquirição das testemunhas, onde as perguntas feitas pelas partes eram dirigidas ao Juiz e este indagava as testemunhas, o que também ocorria com o interrogatório. Diante da mudança legislativa, passou a prescrever o artigo 212 do CPP que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha”, cabendo ao juiz apenas **complementar** a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, naturalmente também exercendo o controle sobre a pertinência das indagações e das respostas, presidindo a audiência.

A complementariedade que se encontra revelada na norma processual leva à compreensão de que foi ajustado o regramento legal, impondo uma ordem a ser obedecida na inquirição, onde a parte que arrolou a testemunha realiza ou tem a oportunidade de efetuar a pergunta antes da parte adversa e o juiz atuando num plano secundário da produção da prova, apenas para complementar questões não esclarecidas, tem a oportunidade de perguntar por último, assim melhor preservando o seu dever de imparcialidade. O procedimento instituído no plano infraconstitucional é consentâneo com o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, que se baseia na separação entre três sujeitos processuais distintos, representando os afazeres de acusar/fiscalizar, defender e julgar.

Adota-se uma clara separação entre os papéis do juiz e da acusação, decorrente do sistema processual constitucional vigente, sendo incumbência do Ministério Público o ônus de provar a imputação deduzida na denúncia. É assim no sistema acusatório, porque as funções de acusador e julgador são previamente estabelecidas e delimitadas, **não podendo haver a substituição de um pelo outro**, em nenhuma hipótese ou sob qualquer justificativa.

Destarte, a realização da audiência de instrução e julgamento sem a representação do **MINISTÉRIO PÚBLICO** importa, primeiramente, em violação do princípio do contraditório – que pressupõe a atuação efetiva das partes: acusação e defesa e não apenas a mera faculdade que a Recomendação 01/2014, inovando arbitrariamente, parece querer fazer crer existir ao órgão do Ministério Público, como se o devido processo legal se materializasse no simples ato de intimação do membro.

Para além da boa vontade no desejo de promover celeridade processual a qualquer custo, a atitude implica em transgressão ao sistema acusatório, uma vez que o papel de promoção da ação penal termina sendo exercido, justamente no seu momento e forma mais relevantes, pelo ator processual que tem a incumbência distinta de julgador imparcial: o juiz da causa.

A doutrina tem posicionamento claro sobre o assunto, como se vê em “As nulidades no Processo Penal”, 3ª. Edição, Ada Pellegrine Grinover e outros:

“inválida é, ainda, a prova produzida sem a presença das partes.

Esse fundamental princípio é reconhecido como uma das garantias do processo em geral, extraindo-se de sua inobservância a proibição de utilização das provas produzidas.

Foi salientado, aliás, que a garantia não significa apenas que a parte possa defender-se contra as provas apresentadas contra si, exigindo-se, ainda, que seja colocada em condições de participar, assistindo às que forem colhidas de ofício pelo juiz. É que tudo o quanto for utilizado sem prévia intervenção e participação das partes acaba sendo conduzido a conhecimento privado do juiz.

Conclui-se, enfim, que quando o juiz introduz a prova de ofício, encontra-se perante a exigência do contraditório, na mesma situação da parte, e que a intervenção e participação dos sujeitos do processo há de ser prévia.” (grifamos)

E continua:

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

Igualmente esclarecedor o magistério de AURY LOPES JÚNIOR:

A mudança foi muito importante e adequada, para conformar o CPP à estrutura acusatória desenhada na Constituição que, como visto anteriormente ao tratarmos dos sistemas processuais, retira do juiz o papel de protagonista da instrução. Ao demarcar a separação das funções de acusar e julgar e, principalmente, atribuir a gestão da prova às partes, o modelo acusatório redesenha o papel do juiz no processo penal, não mais como juiz-ator (sistema inquisitório), mas sim de juiz-espectador. Trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num processo penal acusatório e democrático.

Portanto, o juiz deixa de ter o papel de protagonismo na realização das oitivas, para ter uma função completa, subsidiária. Não mais, como no modelo anterior, terá o juiz aquela postura proativa, de fazer dezenas de perguntas, esgotar a fonte probatória, para só então passar a palavra às partes, para que, com o que sobrou, complementar a inquirição.

(...)

A situação é ainda mais grave quando o Ministério Público não está na audiência e, diante da ausência do acusador, assume o juiz esse papel, formulando as perguntas. Neste caso, mais do que protagonista, o juiz assume uma postura substitutiva do acusador, em flagrante incompatibilidade com o sistema acusatório, a imparcialidade e a própria igualdade de armas.⁵

Tudo isso revela o que é cediço, isto é, a produção das provas é devida às partes e não ao magistrado, que deve preservar a condição de imparcialidade no processo e **atuar de forma complementar**, empenhando-se, sobretudo, na sua privativa função de presidir o ato durante a instrução do feito, zelando pela aplicação da Constituição Federal, sua principal incumbência.

Naturalmente, sendo a audiência realizada sem o membro do Ministério Público, duas são as possibilidades: **na primeira** o juiz se empenha, de diferenciada forma, para suprir a falta ministerial e isso se materializa em uma atípica atuação em relação à prova, dando aso a figura do “juiz acusador”; **na segunda**, queda-se o magistrado na sua neutralidade costumeira, imbuído pelo dever de imparcialidade, policiando-se com rigor para tentar não se deixar levar pela própria incompletude material do ato.

Percebe-se, num ou noutro caso, a patente contraindicação para que assim se proceda ao ato, tudo se agravando diante do fato de que **nunca** restará suprida a necessária função de *custos legis* durante a solenidade atrevida.

No sentido da configuração de nulidade absoluta em casos que tais, colaciona-se ainda o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, TRAZIDA PELA LEI Nº 11.690/08. ALTERAÇÃO NA FORMA DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FORMULADAS DIRETAMENTE PELAS PARTES. PONTOS NÃO ESCLARECIDOS. COMPLEMENTARIDADE DA INQUIRÇÃO PELO JUIZ. INVERSÃO DA ORDEM. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO E DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO. SENTENÇA CONDENATÓRIA LASTREADA EXCLUSIVAMENTE NA PROVA ORAL COLHIDA PELO JUIZ NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO, DIANTE DO NÃO COMPARECIMENTO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE SEPARAÇÃO ENTRE O PAPEL INCUMBIDO AO ÓRGÃO ACUSADOR E AO JULGADOR. VIOLAÇÃO DO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO. NULIDADE INSANÁVEL. RECURSO DESPROVIDO. 1 - Com a entrada em vigor da Lei Nº 11.690, de 9 de junho de 2008, foi alterada a forma de inquirição das testemunhas, estabelecendo o artigo 212 do Código de Processo Penal que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, cabendo ao juiz apenas complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, bem como exercer o controle sobre a pertinência das indagações e das respostas. 2 - A complementaridade constante do texto legal examinado induz à conclusão de existência de ordem na inquirição, ou seja, sugere um roteiro, em que a parte que arrolou a testemunha formula as perguntas antes da outra parte, perguntando o juiz por último. 3 - Contudo, a inversão da ordem de inquirição, na hipótese em que o juiz - apenas o juiz, não a outra parte -, formule pergunta à testemunha antes da parte que a arrolou, somente poderia ensejar nulidade relativa, a depender do protesto da parte prejudicada no momento oportuno, sob pena de preclusão, bem como da comprovação inequívoca do efetivo prejuízo com a indagação formulada fora da ordem sugerida na norma processual. 4 - Não se pode olvidar que, no moderno sistema processual penal, não se admite o reconhecimento de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, vigorando a máxima *pas de nullité sans grief*, a

⁵ Lopes Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 657/662.

teor do que dispõe o artigo 563 do CPP. 5 - Não obstante tais fundamentos, diante da peculiaridade do caso concreto, mostra-se irretocável o acórdão recorrido, que anulou o processo desde a audiência de instrução, já que o Juiz, na verdade, colheu toda a prova utilizada para embasar a sentença condenatória, diante da ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução. 6 - Assim, na hipótese, não se mostra relevante sequer a questão da inversão da ordem de inquirição, pois mesmo que o magistrado tivesse formulado perguntas às testemunhas arroladas pelo órgão de acusação em momento posterior à defesa, mas de tais depoimentos tenha extraído os elementos de convicção exclusivos que sustentaram a decisão condenatória, irrecusável reconhecer que a inquirição, pelo juiz, não se deu em caráter complementar, mas sim principal, em verdadeira substituição ao órgão incumbido da acusação, situação que configura indisfarçável afronta ao sistema penal acusatório e evidencia o prejuízo efetivo do recorrido. 7 - Não se verificou, no caso concreto, a indispensável separação entre o papel incumbido ao órgão acusador e ao julgador, principal característica do sistema acusatório, pois a fundamentação exposta na sentença condenatória permite concluir que os elementos do convencimento judicial decorreram, exclusivamente, de provas colhidas pelo julgador na audiência de instrução, hipótese de nulidade insanável, não sujeita, portanto, à preclusão. 8 - Recurso especial desprovido (STJ. REsp 1259482/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTATURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 27/10/2011).(grifamos).

2. Conclusão objetiva

2.1. a Recomendação TJPE n. 01/2014, exortando aos juízes criminais a realizarem as audiências de instrução sem o membro do Ministério Público e os atos judiciais delas decorrentes, conduzem todo o Ministério Público Nacional, uno e indivisível, a um arbitrário rebaixamento, inferior ao experimentado com a figura do *promotor ad hoc*, tratando-se de uma forma esdrúxula ainda mais perversa, tratando-se de medida administrativa e não jurisdicional.

2.2. A instrução processual é a primeira, efetiva e mais ampla oportunidade de promoção da ação penal, sendo os demais atos de intervenção no feito formas de encaminhamento secundário ou indireto da ação.

2.3. A realização da instrução processual penal sem um membro do Ministério Público viola, a um só tempo, os princípios do promotor natural, pelo qual ninguém pode ser processado sem um acusador legítimo e idôneo, e da inércia jurisdicional, segundo o qual o juiz não pode punir os ilícitos que verifica na sociedade por iniciativa própria, senão somente mediante a provocação de terceiros. Trata-se de inequívoca violação ao sistema acusatório.

2.4. Tendo sido julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal a nomeação “ad hoc” de substituto ao promotor de justiça, muito mais grave se afigura a realização da instrução processual penal **sem nenhum representante da instituição**, caso em que a substituição inevitavelmente se opera pelo magistrado.

2.5. Para o Ministério Público, a participação às audiências é um dever e não faculdade, sendo irrelevante saber se eventual ausência é ou não justificada ou se foi ou não intimado para o ato o seu representante, pois as medidas a serem adotadas em caso de não comparecimento à audiência estão previstas no art. 455, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Para a sociedade é um direito se fazer representar pelo Ministério Público, nas hipóteses devidas, onde se inclui toda a atuação no processo penal.

2.6. A intimação para à audiência se traduz em mera formalidade, necessária apenas para dar conhecimento de data e lugar para a realização do ato, por isso não tendo o condão de autorizar o juiz a promover a instrução, quando ausente qualquer das partes. O devido processo legal não se caracteriza pela oportunidade de intervenção das partes no processo, mas somente se perfaz com a efetiva intervenção de todos os atores.

2.7. Superadas as questões de ordem e outras eventuais medidas judiciais, fica prejudicado o exame de mérito pelo Ministério Público na fase de alegações finais, nos feitos criminais em que a instrução tenha sido procedida sem a sua intervenção, devendo o membro apontar apenas a preliminar de nulidade do processo e, *mutatis mutandis*, proceder de igual modo em razões de recurso ou contrarrazões.