

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – FDR

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ



Lucas Ramos Carvalho

O RANÇO INQUISITÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A problemática da realização da audiência de instrução e julgamento sem a presença de representante do Ministério Público

RECIFE

2019

Lucas Ramos Carvalho

O RANÇO INQUISITÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A problemática da realização da audiência de instrução e julgamento sem a presença de representante do Ministério Público

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador (a): Manuela Abath Valença

RECIFE

2019

Lucas Ramos Carvalho

O RANÇO INQUISITÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A problemática da realização da audiência de instrução e julgamento sem a presença de representante do Ministério Público

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Recife, ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

RESUMO

Diversos traços antidemocráticos são extraídos da análise do processo penal em território pátrio. Valendo-se de um diploma ultrapassado, tecido em tempos de totalitarismo, o Judiciário brasileiro relativiza as garantias constitucionais ventiladas através do trâmite procedimental legalmente estabelecido e se afasta de pretensão acusatória fixada pelo Constituinte de 1988. Dentro desse cenário, o traço mais marcante talvez seja a possibilidade de realização da audiência de instrução criminal estando ausente o órgão da acusação. Não raro, o juiz, dada a ausência do Ministério Público, assume as vestes de acusador e passa a exercer função dúplice no ato processual em que as provas são produzidas, por excelência. O Tribunais, a seu turno, tendem a convalidar o ato, alegando, via de regra, não ter sido demonstrado prejuízo. O presente trabalho almeja analisar a narrada prática sob a luz da Jurisprudência e Doutrina pátrias, tecendo uma postura crítica e atentando à conformidade constitucional do processo.

Palavras chave: Audiência de instrução e julgamento. Processo Penal. Nulidade. Ministério Público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	8
1.1 A tradicional classificação dos sistemas de persecução: acusatório x inquisitório	8
<i>1.1.1. Um “Frankenstein” processual: a lógica kantiana e a impossibilidade de existência de um sistema processual de natureza mista</i>	10
1.2 O sistema processual penal brasileiro	12
1.3 A utopia acusatória no processo penal brasileiro: a falácia do sistema misto e a problemática gestão da prova pelo julgador	15
2. AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL	21
2.1 Um breve apanhado sobre a teoria geral das nulidades no processo penal brasileiro	21
<i>2.1.1. Inexistência, nulidades absolutas e relativas e as meras irregularidades: a graduação dos vícios processuais e a respectiva produção de efeitos</i>	23
2.2 Pas de nullité sans grief: a problemática aplicação da teoria do prejuízo	25
<i>2.2.1. O prejuízo e seu ônus argumentativo</i>	28
3. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO SEM A PRESENÇA DO PARQUET: O TRIÂNGULO DE DOIS LADOS	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

As audiências de instrução e julgamento criminais realizadas sem a presença do membro do Ministério Público são uma realidade na praxe forense brasileira. Cotidianamente, seja por justificada impossibilidade de comparecimento (problemas médicos, acumulação de funções em outra promotoria), seja por irresponsabilidade do representante do *Parquet*, as audiências, momento da colheita de provas por excelência, são realizadas estando ausente o titular da ação.

O Tribunais Superiores, a seu turno, parecem relativizar tal comportamento com base em construções retóricas pautadas na problemática disciplina de nulidades trazida pelo Código de Processo Penal brasileiro. O mito da verdade real e o manipulado princípio do *pas de nullité sans grief* fornecem o arsenal argumentativo necessário àqueles partidários de uma visão utilitarista do processo penal, que, no exercício da jurisdição, acabam por exercer suas pretensões punitivistas.

Dessa forma, ao arripio dos preceitos constitucionais, perpetua-se a prática que macula, irremediavelmente, a pretensão acusatória elencada pelo Constituinte de 1988. A estrutura tripartite do processo penal não se projeta naquele ato que constitui o principal momento no curso da instrução. O acusado, assim, encontra-se perante um juiz que, ao realizar a audiência, se coloca em posição bastante complexa, podendo proceder de duas formas distintas: ou confere-se a palavra à Defesa e restringe-se a prova testemunhal àquilo que decorreu de sua inquirição e, assim, compromete-se a atividade dialética entre as partes, fundamental ao regular desenvolvimento processual que será findo ao proferir de um decisão que, teoricamente, deve ser produto da justa contraposição entre tese e antítese; ou pior, valendo-se de distorcida interpretação do art. 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o juiz faz as vezes de acusador e complementa a inquirição das testemunhas, não para esclarecer pontos que possam, eventualmente, quedar-se obscuros, mas sim para produzir uma prova substancial que, ao final da instrução, pode por ele ser usada para embasar um decreto condenatório.

Em qualquer dos cenários acima descritos, percebe-se que restam violadas as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório, previstas, respectivamente, nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Incompatível a conveniência da realidade jurídica brasileira com prática tão nociva às pretensões contitucionais e ao próprio jurisdicionado, sujeitos ao poder de império estatal.

Ante esse cenário, o presente trabalho pretende analisar, de forma crítica, a jurisprudência acerca do tema, escavando o tópico que, apesar de sua relevância, goza de pouca literatura. Para isso, analisará julgados recentes que tratam do assunto, estudando os argumentos que são utilizados a sustentar ou afastar a ocorrência de nulidade em caso de falta do representante ministerial na audiência de instrução e julgamento, principal ato processual integrante da instrução. Também será analisada e criticada a Recomendação n. 01 de 13 de novembro de 2014 do Conselho da Magistratura do Estado de Pernambuco, especificamente editada para determinar a realização de audiência criminais caso ausente o órgão acusatório.

Para que se chegue a uma conclusão adequada, entretanto, dedicar-se-á os dois primeiros capítulos à explanação dos sistemas processuais penais e do tema das nulidades no processo penal pátrio, assuntos de fulcral importância para a compreensão do tema. Depois de procedida tal explicação, se passará a análise concreta do tema central do presente estudo, procurando, ao fim, evidenciar o “porquê” de ser necessário o reconhecimento de nulidade em caso de não reprodução do sistema tripartite na audiência de instrução criminal.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1.1 A tradicional classificação dos sistemas de persecução: acusatório x inquisitório

Na Doutrina processual penal, é comum a lição que afirma serem dois os possíveis sistemas de persecução: o acusatório e o inquisitório. A clássica distinção funda-se, tradicionalmente, na análise das partes integrantes da relação processual.

No sistema acusatório, há nítida repartição de funções, fazendo com que o processo se caracterize como um *actum trium personarum*, integrado por um sujeito responsável pela acusação, pelo acusado, a quem incumbe o exercício do papel de defesa exercida em atividade dialética que se submete ao crivo do juiz, terceira parte integrante, a qual se atribui a função de decidir de forma imparcial e equidistante com base no que a ele é trazido. Do ponto de vista histórico, não se reserva ao juiz, no sistema acusatório, qualquer iniciativa probatória, sendo esta incumbência exclusiva das partes ¹.

Na Sistema Inquisitório, a seu turno, não há a repartição de funções em sujeitos distintos, concentrando-se em uma só pessoa as figuras do acusador e do julgador. O réu deixa de ser parte e passa a ser objeto do processo, concepção esta a justificar sua submissão às mais degradantes condições em busca do que se convencionou em denominar “verdade real”. O contraditório resta suprimido, não sendo concebível a contraposição entre acusação e defesa, pois esta configuraria evidente incongruência. O juiz, a seu turno, possui ampla liberdade de iniciativa probatória, agindo, via de regra, *ex officio*. Excluída a atividade dialética, o processo inquisitório é conduzido exclusivamente pelo acusador-julgador, sendo inconcebível, portanto, a existência de uma relação jurídica processual. O processo, aqui, é, via de regra, escrito e secreto ².

Aury Lopes Jr. narra com primor a atividade jurisdicional em um sistema de persecução inquisitorial:

Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir o seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pág. 95.

² Idem. Ibidem.

selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz ³.

A despeito das classificações apresentadas, atualmente vigora a concepção de que não há sistemas puros de persecução, apresentando, os sistemas existentes, características tanto do sistema acusatório como do sistema inquisitório. As classificações se procedem, portanto, apenas no plano do abstrato, apresentando os sistemas processuais penais características tanto acusatórias, como inquisitoriais. Com base na referida constatação, passou-se a defender a ideia da existência de um sistema “misto” com base na afirmação de que os sistemas históricos seriam apenas sistemas puros, modelos abstratos, os quais não encontrariam correspondência nos dias atuais ⁴.

O dito sistema misto reuniria as características dos dois sistemas puros, sendo essencialmente inquisitório na fase de investigação e acusatório quando da instrução penal propriamente dita. A repartição do procedimento em duas fases distintas (pré-processual e processual) possibilitaria a coexistência dos sistemas como teorizados, cada um presente de forma mais latente em uma das fases do processo, restando configurado o caráter misto do modelo teórico, como explica Danielle Souza De Andrade e Silva, com base nas fases que trazia o *Code d’Instruction Criminelle* de 1808, responsável por inaugurar o pretense sistema, também denominado de sistema francês:

[...] Na primeira, faz-se a instrução preparatória, escrita e secreta, dirigida por um magistrado, para apurar o fato em sua materialidade e autoria, sem acusação e sem contraditório. Na segunda, totalmente pública, oral e contraditória, faz-se o julgamento pelo júri, instituição baseada no direito inglês ⁵.

A ideia, portanto, seria aliar a estrutura inquisitorial, para se proceder com as investigações, às garantias processuais que caracterizam o sistema acusatório, como a ampla defesa e o contraditório. A despeito da simplicidade aparente da tarefa, a “fusão” dos sistemas acusatório e inquisitório apresenta-se como um dos principais desafios aos juristas de variados cantos do mundo nos dias atuais. Isso porque, como acima posto, o que ocorre quando da fusão é a prevalência de um dos sistemas em cada uma das etapas do procedimento de apuração de um fato típico.

³ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Págs. 149 e 150.

⁴ Idem. Ibidem. Pág. 157.

⁵ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. Págs. 50 e 51.

Contudo, como balancear os elementos de cada sistema em uma fórmula que garanta, ao mesmo tempo, a efetividade do sistema de persecução penal e uma adequada tutela às liberdades individuais? Como averiguar qual grau de inquisitorialidade é aceitável em um autodenominado Estado Democrático de Direito? São questões atuais que dividem os doutrinadores no assunto, não havendo, até hoje, consenso acerca de um modelo ideal, de um parâmetro que seja tido como “a fórmula perfeita” entre os sistemas inquisitório e acusatório. Afinal, tende-se ao erro quando se parte da falaciosa premissa que admite ser possível a existência de um sistema processual penal de natureza mista.

1.1.1. Um “Frankenstein” processual: a lógica kantiana e a impossibilidade de existência de um sistema processual de natureza mista

A ideia de existência de um pretense sistema processual penal misto repousa em bases teóricas frágeis, para que não se diga inexistentes. Como ensina Jacinto de Miranda Coutinho, o que se convencionou chamar de sistema misto não pode ser definido pela simples somatória entre os sistemas acusatório e inquisitório. Isso porque, epistemologicamente, não se sustentaria algo do gênero, sendo a ideia de fusão incompatível com a própria noção de sistema ⁶. Com base na teoria de Kant, expõe, o doutrinador, a incongruência:

Ora, como se sabe, foi Kant que concebeu, na sua *Arquitetônica da Razão Pura* (na sua obra *Crítica da Razão Pura*), a *possibilidade de se encontrar a verdade em estruturas complexas* e assim o fez imaginando a possibilidade de se conhecer os *conjuntos* (*sýstema*, do grego). Para ele, sistema era *o conjunto de elementos colocados em relação sob uma ideia única*. Ela, por sua vez, seria determinada pela *finalidade* do conjunto e estaria colocada como princípio de ligação entre os elementos integrantes, logo funcionaria como um *princípio unificador, reitor* da conexão e, como tal, dado *a priori*. [...]. Em todos, porém, há um princípio unificador ⁷.

As ciências e teorias, segundo Kant, se fundariam nos ditos princípios unificadores, os quais serviriam de indicadores ao campo de estudo. Representariam, em última instância, a verdade, o referencial teórico, o *significante* primeiro. Atuam como instrumento da linguagem a substituir a materialidade fática. Os sistemas processuais penais são, assim, pensados em função de seu escopo:

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, Brasília/DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Pág. 107.

⁷ Idem. Ibidem. Pág. 108.

o proferir de uma decisão (a qual será, versando sobre o mérito, condenatória ou absolutória). Para que se chegue à decisão, contudo, é necessário que se proceda a reconstituição de um fato histórico: o delito. O processo, inevitavelmente, representará a reconstituição do crime para que se profira uma decisão. É a linguagem a substituir o fato histórico para que se resolva, de modo satisfatório, a situação de anomia produzida pelo cometimento de um crime.

Assim sendo, o reconstituir se dará em atenção ao fim do sistema, o qual se identifica da análise de seu princípio unificador. Este sendo o *dispositivo*, o sistema será *acusatório*. Em contrapartida, em sendo *inquisitivo*, o sistema será inquisitório. Como o princípio identificador representa uma ideia única que orienta o sistema, não há espaço para cisão, inexistindo um “princípio unificador misto” e, por conseguinte, um sistema misto. Ora, em se afirmando que, na atualidade, todos os sistemas são mistos e dada a perspectiva de que a noção de “sistema” não comporta a ideia de um sistema misto, parece óbvio se tratar de um problema de cunho conceitual.

Uma leitura mais adequada acerca da conjuntura dos sistemas processuais penais revela que a afirmação de que todo sistema possui natureza mista decorre, em verdade, da presença de traços de um modelo no outro. Assim, um modelo regido pelo princípio dispositivo possui, em sua estrutura, alguns traços inquisitoriais e, a seu turno, um modelo orientado pelo princípio inquisitivo possui, em sua estrutura, elementos típicos de um sistema acusatório⁸. A presença desses elementos, contudo, não se mostra apta a desvirtuar a natureza do sistema, que será acusatória ou inquisitória, a depender do princípio unificador.

O princípio unificador, a seu turno, pode ser identificado através do critério da *gestão da prova*. Se o processo visa à reconstituição de um fato pretérito tido como típico para que se chegue a um provimento jurisdicional satisfatório, nada mais coerente do que utilizar o critério da gestão da prova para que se delimite o princípio unificador, uma vez que é através do material probatório que se possibilitará a almejada reconstituição.

No sistema inquisitório, a gestão da prova é confiada essencialmente ao magistrado, apresentando este, em suas mãos, uma extrema concentração de poderes. No sistema acusatório, por outro lado, a gestão da prova encontra-se única e exclusivamente a cargo das partes, cabendo

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, Brasília/DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Págs. 108 e 109.

ao juiz decidir com base no que a ele por elas é apresentado. O juiz, aqui, encontra-se em posição passiva, sempre longe da colheita das provas ⁹.

A afirmação usual de que o sistema misto se caracterizaria como um sistema bifásico, onde a fase pré-processual seria regida pelo princípio inquisitório e a fase processual pelo princípio dispositivo (uma vez que nesta haveria separação de funções) não passa, assim, de uma falácia. A despeito da presença de traços dos dois conhecidos modelos processuais penais em todo e qualquer sistema existente, a forma estabelecida à gestão da prova informará qual princípio unificador do sistema em apreço, indentificando-se, assim, a sua natureza acusatória ou inquisitória.

Em se tratando do sistema processual penal brasileiro, é precipitada a conclusão pela sua natureza acusatória com base na separação das fases de inquérito e do processo propriamente dito, havendo, nesta última, figuras distintas a exercer o papel de juiz e de acusador. Isso porque, como acima explanado, o juiz, mesmo na fase de instrução processual, possui ampla iniciativa probatória, desvirtuando-se, assim, a função de julgador equidistante típica do sistema acusatório.

Além do mais, a despeito da separação das fases em instrução e inquérito policial, a prova inquisitorial é trazida integralmente aos autos do processo, sendo muitas vezes, a despeito de expressa proibição legal, utilizada para fundamentar a sentença. Para isso, basta que o julgador se utilize das ferramentas retóricas que lhes são conferidas para validar a decisão, como, por exemplo, afirmar que a prova inquisitorial encontra-se corroborada pela prova colhida durante a instrução processual. Perpetra-se, assim, nítida fraude processual ¹⁰.

1.2 O sistema processual penal brasileiro

Como ressalta Gustavo Henrique Badaró, “o modelo de relação processual penal é um reflexo da relação entre Estado e indivíduo ou, mais especificamente, entre autoridade e liberdade” ¹¹. Assim sendo, nada mais importante que entender o contexto de elaboração do Código de Processo Penal para definir qual o sistema processual penal adotado pelo Brasil.

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba/PR, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998. Págs. 165 e 166.

¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 160.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pág. 95.

O Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal Brasileiro, surgiu no bojo do Estado Novo, regime totalitário de governo e, em decorrência disso, sofreu nítida influência do modelo fascista italiano, com pretensões punitivistas e fortes traços inquisitoriais. Quando do seu surgimento, prevalecia o entendimento de que vigorava no país o sistema misto de persecução penal, dividido em duas fases: a de inquérito, de cunho inquisitorial, como o próprio nome sugere, e a do processo propriamente dito, a qual teria caráter acusatório ¹².

Os traços inquisitoriais, contudo, se sobressaíram, tendo o sido o Código gestado em época de forte conservadorismo reacionário. A luta contra o comunismo aparecia pela primeira vez como pretexto à instauração de um regime autoritário, onde a liberdade era sacrificada em prol da segurança contra uma suposta “ameaça maior” que se fazia presente no cenário político da época. A oposição foi neutralizada também pelo uso da força física, tendo sido o sistema criminal utilizado como uma das formas de controle. Uma política de repressão foi instaurada ao arrepio das garantias constitucionais típicas que caracterizam um Estado Democrático de Direito ¹³.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e respectivas garantias processuais por ela elencadas, parte da doutrina passou a entender que o sistema processual penal pátrio é de cunho acusatório. Dada a necessidade de conformar a legislação infraconstitucional aos preceitos trazidos pela Carta Magna, estariam tacitamente revogados todos aqueles dispositivos que vão de encontro às garantias por ela estabelecidas, uma vez ensinarem as regras hermenêuticas ser a Constituição Federal o vetor axiológico a direcionar a interpretação da legislação infraconstitucional, servindo, inclusive, como parâmetro de validade das normas. Lembre-se que aquela norma que contraria expressamente o estabelecido pela Constituição é tida como não recepcionada pela nova ordem constitucional, devendo, portanto, ser revogada.

Outra parte da doutrina continua a defender a natureza mista do sistema processual penal brasileiro, sob o argumento de que a primeira fase, de investigação, teria natureza inquisitorial, e a segunda fase, o processo propriamente dito, seria de cunho acusatório, devendo ser observadas garantias processuais fixadas pela CF/88, em especial o contraditório e a ampla defesa. Tal cassificação, contudo, apresenta-se problemática, pois, como já explicitado, todos os sistemas

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pág. 41.

¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, págs. 143-165, 2015. Pág. 146.

acabam sendo, em sua essência, mistos, uma vez que os “sistemas puros” representam apenas uma idealização que repousa no plano do abstrato.

Uma parcela crítica da doutrina, por sua vez, defende que o processo penal brasileiro é, essencialmente, inquisitório, uma vez que mesmo a fase processual não teria natureza acusatória, pois o princípio informador do sistema é o inquisitivo, estando a gestão da prova nas mãos do juiz. Aury Lopes Jr. destaca que, a despeito da importância da separação das funções de acusar e julgar, isso não bastaria a classificar a natureza do sistema, pois, ao longo do procedimento, é conferido ao julgador a faculdade de assumir papel ativo na busca da prova ou, até mesmo, de praticar atos típicos da parte acusadora, como decretar a prisão de ofício no curso da instrução (art. 312, CPP)¹⁴.

Para o tratado autor, os dispositivos que conferem ao juiz poderes instrutórios acabam por consagrar o princípio inquisitivo, pois a iniciativa probatória do magistrado revela, inevitavelmente, a sua imparcialidade:

Nesse contexto, dispositivos que atribuem ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda o sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório¹⁵.

O papel do juiz, assim, seria de inegável relevo a definir a natureza do sistema processual penal brasileiro, adotando-se a contraposição entre as figuras do juiz-espectador e do juiz-ator definindo, respectivamente, o cunho acusatório ou inquisitório do sistema. Um juiz-ator jamais será admitido em um sistema essencialmente acusatório, devendo-se manter equidistante às partes e decidir apenas com base naquilo por elas trazido. A atividade probatória do magistrado, invariavelmente, resulta na quebra de sua imparcialidade, demonstrando sua inclinação em qualquer sentido que seja evidenciado por aquilo que busca.

Caracteriza-se, assim, indubitavelmente, um sistema processual penal inquisitorial, onde a gestão da prova encontra-se nas mãos do magistrado, revelando-se a adoção do princípio unificador inquisitório. Ora, um sistema acusatório é absolutamente incompatível com a iniciativa probatória por parte de quem julga, devendo este manter-se inerte, à espera da atividade das partes, a quem se

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Págs. 47 e 48.

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 48.

incumbe o dever de produzir as provas a reconstituir o fato típico objeto do processo. A concentração desproporcional de poderes nas mãos do magistrado e a prática forense revelam que, a despeito das garantias fundamentais estabelecidas pela Carta de 1988, o nosso sistema processual penal não conseguiu desvencilhar-se de suas raízes totalitárias, apresentando nítida natureza inquisitiva.

Importante destacar que a Constituição Federal de 1988 instituiu, de fato, preceitos a configurar a pretensão de um processo penal acusatório, fundado no contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz e no devido processo legal. Necessário, portanto, filtrar os dispositivos infraconstitucionais incompatíveis com a nova ordem, procedendo-se com uma análise teleológica do processo, identificando e expurgando todos aqueles artigos de lei que contrariam, em sua essência, o fixado pela Constituição Federal ¹⁶.

1.3 A utopia acusatória no processo penal brasileiro: a falácia do sistema misto e a problemática gestão da prova pelo julgador

Como acima explicitado, os modelos processuais penais acusatório e inquisitivo não passam de tipos ideais, abstrações conceituais a possibilitar uma classificação dos diversos sistemas processuais penais existentes ao redor do Globo. Frente a isso, vários doutrinadores e estudiosos passaram a defender a noção de existência de um terceiro tipo de sistema processual penal: o sistema misto. Como característica marcante, tal sistema seria composto por duas fases distintas, uma predominantemente inquisitorial e outra predominantemente acusatória. A fase preliminar, de cunho investigativo, seria inquisitória e a fase processual propriamente dita seria acusatória.

Tal classificação, contudo, apresenta-se como falaciosa, servindo como um instrumento retórico a se furta do enfrentamento do ponto central da problemática conceitual dos sistemas: a identificação de seu núcleo fundante. Ora, se atualmente admite-se que os modelos processuais acusatório e inquisitório são ideais que nunca encontraram, no plano fático, correspondência plena, há de se reconhecer que todos os sistemas até hoje conhecidos pelo homem são, ao fundo, mistos, seguindo-se a lógica adotada ¹⁷.

¹⁶ Idem. Ibidem. Pág. 49.

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Págs. 156 a 159.

Decerto sistemas acusatórios apresentarão traços inquisitoriais e sistemas inquisitórios apresentarão características acusatórias, sendo necessário identificar a essência do sistema a partir dos elementos que servem de alicerce a sua estruturação. Em outras palavras, quando da investigação da natureza do sistema, deve-se proceder com a análise de seus traços essenciais, buscando as características que o definem para só então classificá-lo como acusatório ou inquisitório. A falácia do sistema misto sob a alegação de que a fase pré-processual é de natureza inquisitória e a processual de natureza acusatória mostra-se completamente descabida, uma vez que nada informa acerca dos princípios norteadores adotados pelo tratado sistema processual penal. Necessária, portanto, a adoção de critérios definidores a apontar os traços fundantes do sistema.

Historicamente, destaca-se que o primeiro critério, até hoje bastante difundido, a ser utilizado para diferenciar um sistema processual acusatório de um sistema inquisitório é a separação de funções. Enquanto o sistema inquisitório reúne na mesma pessoa as funções de acusador e julgador (tendo-se, aqui, a figura do juiz-ator), no sistema acusatório tais funções seriam atribuídas a pessoas distintas, estando, as partes (acusação e defesa), equidistantes àquele que julga, quem apenas espera que sejam trazidos elementos informativos pelas partes a propiciar uma base a fundamentar a decisão.

Para muitos autores, a mera separação de funções já seria suficiente a caracterizar a natureza acusatória do sistema processual penal. A distinção inicial entre aquele que julga e aquele que acusa seria, portanto, o aspecto a ser analisado quando da conceituação do sistema. Destaque-se, contudo, a pobreza do critério, uma vez que a mera separação de funções mostra-se insuficiente à classificação. A separação de funções não é, afinal, um fim em si mesma, sendo mais apropriada defini-la como meio a garantir um justo desenrolar do processo, assegurada a paridade de armas e o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa.

A separação de funções projeta-se para o processo, implicando, como decorrência lógica, que a gestão/iniciativa probatória seja reservada, única e exclusivamente, às partes. O juiz, assim, deve manter-se inerte e equidistante, só assim sendo possível a criação de condições para que haja, de fato, um juiz imparcial:

Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável,

que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz ¹⁸.

A atividade desempenhada pelos sujeitos processuais encontra-se, assim, imbricada à noção de separação de funções no processo penal, projetando-se, sobremaneira, à gestão da prova. Pode-se dizer, assim, que a principal característica do sistema inquisitório está na gestão da prova que se dá, essencialmente, pelo magistrado, sendo supostamente mais fácil a este – dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer de suas fases – aproximar-se da pretensa “verdade real”. O sistema acusatório, a seu turno, também buscaria a reconstituição do fato típico pretérito, estando, contudo, a gestão da prova concentrada nas mãos das partes, cabendo ao juiz decidir com base, exclusivamente, no que por elas foi a ele trazido. Conclui-se, portanto, nas palavras do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que:

Destarte, a diferenciação desses dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério da gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador ¹⁹.

A gestão da prova apresenta-se, assim, como critério mais adequado à identificação do princípio unificador a apontar a natureza do sistema em estudo, não podendo ser diferente. De nada adianta a separação das funções de acusador e julgador se, no decorrer do processo, o juiz assume as vestes de inquisidor, atuando ativamente na colheita probatória. Tal postura compromete sobremaneira a imparcialidade do julgador e o contraditório no processo penal, garantias estas indissociáveis da noção de sistema acusatório. Afinal, a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada pelo modelo inquisitório, só restando assegurada se, para além da mera separação das figuras de acusador e julgador, houver afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. É necessário desemcumbir o juiz de atividades inerentes às partes, garantindo sua imparcialidade ²⁰.

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Págs. 158 e 159.

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba/PR, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998. Págs. 165.

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Págs. 162 a 164.

Dispositivos que atribuam atividade probatória ao magistrado encontram-se, invariavelmente, em descompasso com a nova ordem constitucional, a qual fixa preceitos que caracterizam (ao menos no plano constitucional, sob análise formal) o sistema processual brasileiro como acusatório. Tais dispositivos, como já destacado, são consequência do contexto político em que foi engendrado o Código de Processo Penal, época em que se encontrava no poder um regime totalitário, de inclinação fascista, o qual acabou por refletir, inevitavelmente, suas pretensões no sistema criminal. Assim, a busca pela verdade real e absoluta autorizaria violações, dando-se o sacrifício de liberdades individuais em prol de suposto bem-estar coletivo.

Fácil constatar, assim, que o processo penal brasileiro tem matriz inquisitória, sendo, por consequência, necessária a filtragem constitucional, uma vez que a aplicação literal do Código de Processo Penal resultaria na consagração de um sistema inquisitório que desafia, frontalmente, os dizeres constitucionais. Imperioso, portanto, proceder-se com uma releitura da legislação processual penal para que se faça materializar o sistema acusatório em âmbito nacional ²¹.

Inviável conferir ao juiz poderes instrutórios, pois tal postura resulta, invariavelmente, na quebra da imparcialidade. Quem procura, procura algo e o faz em determinado sentido. Assim, o juiz teria de formar, antes de proceder com a investigação, uma pré-concepção acerca do episódio que se pretende reconstituir com o processo penal e, somente após a formação desse pré-juízo, iria atrás de provas para embasar aquilo abstratamente já formulado em sua psiqué. Seria, em termos práticos, uma inversão da ordem procedimental, onde o julgador primeiro julga e depois procura embasar a sua decisão. Resta sepultada, assim, a estrutura dialética do processo, uma vez não mais existir a contraposição entre uma tese e uma antítese a gerar uma síntese. O contraditório, também, não mais se verifica e qualquer esperança de imparcialidade é dirimida ²².

Perceba-se que não só a imparcialidade em si, como também a aparência de imparcialidade é de vital importância à saúde de um Estado Democrático de Direito. Há um esforço constitucional histórico no sentido de consolidar essa posição de distanciamento através de regras que procuram afastar o julgador do exercício de paixões de ordem política, moral ou quaisquer outras que possam vir a atrapalhar a ponderação racional acerca das causas que estão sob seu crivo.

A autonomia judicial e a percepção dessa autonomia como um dos fundamentos básicos dos sistemas democráticos na contemporaneidade torna-se lugar comum, sendo a imparcialidade

²¹ Idem. Ibidem. Págs. 168 e 169.

²² Idem. Ibidem. Págs. 170 e 171.

assegurada pela grande maioria dos sistemas democráticos presentes mundo afora. Nesse contexto, torna-se de fulcral importância, também, a aparência de imparcialidade, aspecto fundamental a conferir credibilidade social e política ao judiciário e suas decisões. Se grande parte da sociedade desconfia da imparcialidade de seus magistrados, há grande possibilidade desta estar, de fato e em concreto, comprometida, gerando uma situação de instabilidade social ²³.

Tal imparcialidade perpassa, invariavelmente, pela gestão da prova. A iniciativa probatória do juiz inclina-se à postura inquisitória do julgador, que, mesmo comprometido em seu âmago com a garantia da imparcialidade, perpassa uma imagem em sentido contrário. Suponha-se que um magistrado tem, sob seu crivo, um processo em que o réu é acusado de ter praticado tráfico de drogas. Suspeitando que o acusado oculta substâncias entorpecentes em sua residência, o magistrado decreta, de ofício, nos termos do art. 242 do Código de Processo Penal, a busca domiciliar com o intuito de confirmar suas suspeitas. Procedida a busca e apreensão, encontra-se, de fato, substâncias entorpecentes na casa do réu e tal descoberta acaba por fundamentar, posteriormente, um decreto condenatório em seu desfavor.

Na situação hipotética narrada, fica evidenciada a problemática da iniciativa probatória pelo juiz. Em um primeiro momento, formulando uma pré-concepção em seu âmago, usa as vestes de acusador e, sem qualquer pronunciamento do Ministério Público, expede mandado de busca e apreensão para corroborar suas suspeitas. Posteriormente, expede decreto condenatório com base na prova que ele mesmo colheu, gerando inevitável confusão acerca das funções desempenhadas por cada uma das partes integrantes da relação processual. A acusação exercida pelo Ministério Público, no caso, não passou de mera formalidade, não influenciando, em absoluto, no resultado material do processo, o qual se deu em favor da acusação.

Defender a coexistência desse fenômeno com o sistema acusatório passa a ser uma contradição em termos. Ora, se tal sistema tem como principal característica a estrutura tripartite (*actum trium personarum*), como a supressão material de uma das partes não altera em nada o resultado do processo? A resposta para o tal questionamento é simples: o sistema processual brasileiro pode até ser pretensamente acusatório, mas materialmente acaba se mostrando inquisitório, dada a inevitável contradição promovida pela gestão da prova pelo magistrado.

²³ GALINDO, Bruno. **A imparcialidade e sua imagem**: uma preocupante despreocupação no judiciário brasileiro. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/05/03/a-imparcialidade-e-sua-imagem-uma-preocupante-despreocupacao-no-judiciario-brasileiro/>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

Alguns doutrinadores, percebendo a contradição produzida pela coexistência de dispositivos que conferem ao magistrado poderes instrutórios e a pretensão acusatória elencada pela Constituição Federal, preferem denominar o sistema processual penal brasileiro de “acusatório formal”. Aury Lopes Júnior, com razão, prefere denominar o modelo brasileiro como “(neo)inquisitório”, evitando-se, assim, o induzimento a erro ²⁴.

Para que seja alterada tal concepção, mostra-se imprescindível a realização de uma filtragem constitucional. Deve-se ressignificar a gestão da prova e garantir que o juiz passe a assumir, de fato, o papel de espectador, incumbido, unicamente, da síntese produto da oposição dialética entre defesa e acusação, estas sendo as únicas responsáveis por desempenhar a atividade probatória.

²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 157.

2. AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL

2.1 Um breve apanhado sobre a teoria geral das nulidades no processo penal brasileiro

Para que se compreenda a teoria das nulidades, faz-se necessário o estudo do conceito de “tipicidade” e o que ele representa no campo do processo. A legalidade apresenta-se como garantia conferida ao jurisdicionado, a possibilitar a previsibilidade no exercício do poder do Estado por aqueles que o representam. Nesse sentido, a tipicidade dos atos no processo penal existe a propiciar segurança jurídica não só àqueles que estão concretamente respondendo a um processo penal, mas a toda população, abstratamente sujeita ao poder estatal, podendo qualquer indivíduo integrante da sociedade ser chamado a responder penalmente a um fato típico a ele imputado.

A tipicidade no processo penal corresponde, assim, à ideia de que o processo não deve ser desenvolvido ao bel prazer dos operadores do Direito, mas sim em observância a fórmulas e preceitos pré-estabelecidos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, assegurando-se a existência de um processo penal justo e a materialização da garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF) ²⁵. A flexibilização das fórmulas processuais aparece historicamente relacionada ao vilipêndio das garantias típicas de um Estado Democrático de Direito. A tirania tende a repelir os métodos que asseguram uma aplicação isonômica da lei, procurando utilizar-se do aparato estatal para beneficiar aqueles que a apoiam e massacrar aqueles que se opõe.

Em termos grosseiros, remete-se à ideia de que é necessário determinar as regras do jogo antes que se jogue, de modo a garantir aos participantes a exata noção de como vai se desenvolver a atividade da qual são integrantes, permitindo a eles o elaborar de estratégias e uma pré-definição de como se dará o seu comportamento. Nesse sentido, valiosa lição de Ada Pellegrini:

A tarefa de aplicar o direito às situações concretas não é realizada aleatoriamente pelos órgãos estatais; ao contrário, a atividade processual também é regulada pelo ordenamento jurídico, através de fórmulas que devem ser obedecidas pelos que nela intervêm. Nesse sentido, afirma-se que o processo exige uma atividade típica, composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador. Assim, os participantes da relação processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal, sem o que essa

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pág. 1581.

atividade correria o risco de perder-se em providências inúteis ou desviadas do objetivo maior, que é a preparação de um provimento final justo ²⁶.

A tipicidade dos atos processuais, assim, antes de ser uma manifestação do poder estatal pela atividade legislativa, funciona como mecanismo de proteção ao jurisdicionado, conferindo segurança jurídica àqueles que se encontram submetidos ao poder do Estado em uma relação vertical onde se faz evidente a disparidade de forças. Evitam-se, com a presença de atos típicos a compor o procedimento, indevidas supresas àqueles que integram a relação processual, preservando-se, desse modo, as garantias da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV, CF). As formas do processo existem, portanto, a propiciar um adequado equilíbrio entre a eficiência na aplicação da coerção penal e a preservação dos direitos e garantias fundamentais do acusado ²⁷.

Dado o conceito de tipicidade dos atos processuais, fica evidente a necessária existência de um mecanismo que garanta a prática dos atos conforme previstos. Ora, de nada serviria a fixação de fórmulas a serem cumpridas se consequência nenhuma decorresse de seu descumprimento. Para que a norma legal tenha caráter cogente, precisa dispor de sanção. Não o sendo, deixa de ser caracterizada como comando, não passando de mera recomendação. Daí o surgimento do regime das nulidades a definir sanções a serem aplicadas ao ato processual defeituoso, sanções estas consistentes na inaptidão em produzir efeitos regulares ²⁸.

O ato nulo pode ser definido, assim, como aquele que desrespeita a forma de cumprimento a ele fixada pela legislação constitucional e infraconstitucional, deixando, como consequência, de produzir os efeitos que regularmente se operariam caso ele tivesse se materializado em conformidade com os ditames legais. Em face da possibilidade de invalidação do ato praticado com violação a forma legalmente estabelecida, veem-se as partes e o juiz compelidos a observar o procedimento legal, sob pena de superveniência de todos os efeitos indesejados que decorrem da declaração de nulidade.

Importante ter-se em mente, contudo, que o ato processual não representa um fim em si mesmo, sendo meio à consecução de objetivo em específico. Por exemplo, a citação do acusado ocorre para que ele tenha ciência da acusação, a intimação das partes ocorre para que estas tenham

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pág. 1581.

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pág. 1582.

ciência dos detalhes acerca de determinados acontecimentos do processo e possam, assim, exercer de forma plena seus direitos à ampla defesa e ao contraditório.

Indesejável, portanto, um formalismo exarcebado quando da condução processual a impedir a solução satisfatória da demanda, seja da perspectiva da defesa, seja da perspectiva da acusação. A observância de formas inúteis que nada contribuem à solução da demanda ou à materialização de um processo penal justo vão de encontro à própria finalidade do processo, qual seja a de servir de instrumento para aplicação do direito penal objetivo ²⁹.

Tal análise, contudo, deve se dar de forma minuciosa, de modo que a relativização de um molde processual não venha, em absoluto, a prejudicar as garantias constitucionalmente asseguradas ao indivíduo. Destaque-se, mais uma vez, que a noção de “instrumento” que perpassa o estudo do processo penal traz, em si, a concepção de segurança e a função de pacificação social intrínseca ao ramo processual. O processo, afinal, acaba por ser a forma pela qual o Direito passa do plano da abstração ao plano dos fatos. É através do processo que se “sente” o direito e, em assim sendo, ter uma perspectiva acerca de como se dará essa percepção, decerto, “acalma” aquele que está sujeito à força estatal.

2.1.1. Inexistência, nulidades absolutas e relativas e as meras irregularidades: a graduação dos vícios processuais e a respectiva produção de efeitos

A tipicidade apresenta-se como conceito absoluto: é típico o ato praticado em plena conformidade com o modelo legalmente previsto. A atipicidade, a seu turno, pode ser graduada. De acordo com a maior ou menor desconformidade entre o ato praticado e o modelo legalmente previsto, variam as consequências da inobservância da forma legal ³⁰.

Diz-se meras irregularidades aquelas inobservâncias irrelevantes, que em nada afetam a produção de efeitos pelos atos processuais. É o caso, por exemplo, de uma sentença proferida fora do prazo legal. O ato, assim, mostra-se defeituoso, mas do defeito não decorre a sanção da ineficácia. A atipicidade, por outro lado, pode ser tão intensa que o ato praticado não chega, sequer, a adentrar no mundo jurídico, sendo considerado juridicamente inexistente, não se caracterizando

²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Pág. 1583.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pág. 788.

apto a produzir, ao menos no campo formal, qualquer efeito. É o caso, por exemplo, de uma sentença proferida por indivíduo que não esteja investido nas funções de juiz ³¹.

Destaque-se que o ato inexistente, tecnicamente falando, não pode, sequer, ser considerado ato, pois, como ressaltado, ele não chega a adentrar no plano do jurídico. Trata-se de ação desprovida de qualquer relevância em termos processuais. Contudo, outra é a discussão acerca da inexistência no plano dos fatos. A sentença proferida por um sujeito aposentado que costumava exercer a função de juiz, por exemplo, apesar de juridicamente inexistente, pode chegar a ser cumprida e produzir efeitos, fazendo com que um indivíduo seja submetido ao cárcere. Importante destacar, portanto, que a tratada denominação é relativa exclusivamente à inexistência sob a ótica jurídica, uma vez que um ato inexistente pode chegar a reverberar na realidade fática.

Entre as meras irregularidades e a inexistência, a doutrina costuma situar as nulidades, graduando-as em absolutas e relativas. É comum a lição de que o que diferenciaria as espécies de nulidades seria a ordem do interesse violado. A violação de uma norma que atenda ao interesse público representaria uma nulidade de ordem absoluta, enquanto a violação de dispositivo que tutelasse interesse exclusivo das partes configuraria nulidade de ordem relativa ³².

Considero, entretanto, problemática a diferenciação. Ora, não se deve confundir o processo penal com o processo civil. Os interesses em jogo são bastante diversos, em decorrência do que se faz como imperiosa a necessidade de manejo dos ramos de acordo com suas cotegorias próprias. O delimitar das nulidades pela ordem dos interesses violados é, ao menos, problemático, haja vista a nebulosidade dos critérios utilizados a diferenciar os interesses de ordem pública daqueles de ordem privada. Afinal, o poder punitivo concentra-se nas mãos do Estado, sendo o Ministério Público, no mais das vezes, o titular da ação penal.

Quando do estudo dos tipos penais, é recorrente a lição de que o interesse primário atingido é de ordem pública, figurando o Estado, e não a vítima propriamente dita, como sujeito passivo do delito perpetrado. Assim, em última instância, qualquer questão atinente ao processo poderia ser classificada como de ordem pública, uma vez que o interesse primário tutelado quando do exercício do *jus puniendi* é o interesse estatal. A distinção mostra-se falha ao desconsiderar as especificidades presentes no processo penal, onde não há espaço normativo privado. A proteção do réu é pública,

³¹ Idem. Ibidem. Pág. 788.

³² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pág. 788.

pois não estão em jogo meros interesses individuais, mas sim garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas ³³.

Aury Lopes Jr. ataca a classificação, destacando a impropriedade da categoria das nulidades relativas em se tratando do campo processual penal:

Em especial, a categoria das nulidades relativas, por exemplo, é imprestável para o processo penal, pois possui gravíssimo vício de origem: nasce e se desenvolve no direito civil, com a teoria dos atos anuláveis e nulos, com uma incompatibilidade epistemológica insuperável. Depois é transplantada para o processo civil, o que em nada atenua essa incompatibilidade ³⁴.

O desapego à concepção de que o direito processual penal necessita ser manejado em atenção a suas categorias próprias acaba por implicar em ilogicidades do sistema que só poderão ser superadas quando da desvinculação do processo penal ao processo civil. A noção de nulidade relativa, perfeitamente compatível com o direito processual civil (pois ali estão em jogo interesses privados propriamente ditos), em nada se harmoniza com o processo penal, onde a acusação, no mais da vezes, é exercida pelo próprio Estado através do *Parquet*.

Mais pertinente se mostra o estudo das nulidades em análise tomando-se como parâmetro o grau de atipicidade do ato praticado e a respectiva possibilidade de saneamento. Pouco útil, portanto, a classificação das nulidades em absolutas e relativas. Só será declarado nulo aquele ato impassível de ser sanado, sendo este um ato defeituoso de impossível repetição que lesa o princípio constitucional que o funda. Apenas a atipicidade insanável e relevante será apta a gerar a ineficácia do ato. “O que importa é a conjunção dos dos conceitos de defeito e possibilidade/impossibilidade de saneamento pela repetição” ³⁵.

2.2 *Pas de nullité sans grief*: a problemática aplicação da teoria do prejuízo

É comum a lição doutrinária que associa o prejuízo à espécie de nulidade. Dessa forma, estaria presumido o prejuízo em se tratando de nulidade absoluta, não sendo necessária a sua

³³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 940.

³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 939.

³⁵ Idem. *Ibidem*. Pág. 941

demonstração. Em caso de nulidade relativa, por outro lado, exige-se que a parte que a alegou demonstre o efetivo prejuízo do vício ao processo penal.

O art. 563 do Código de Processo Penal preceitua: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Consagra-se, portanto, sob uma perspectiva utilitarista do processo penal, a regra de que uma nulidade só poderá ser declarada se dela decorrer prejuízo a qualquer das partes. No que concerne à nulidade absoluta, tal prejuízo não necessitaria, segundo uma concepção tradicional, ser demonstrado, uma vez que, como acima posto, ele se dá de forma presumida. O que poderia ocorrer é a prova de que da nulidade absoluta não decorre qualquer prejuízo. As nulidades relativas, a seu turno, devem ser provadas pela parte que as alegam, como consolidado na jurisprudência pátria. De qualquer modo, independentemente da espécie de vício no ato do processo, caso seja constatada a ausência de prejuízo, não há que se falar em nulidade. Daí a consagração da regra do “*pas de nullité sans grief*”, segundo a qual o prejuízo é requisito indispensável ao reconhecimento de todo e qualquer tipo de nulidade. Assim vem se pronunciando o Supremo Tribunal Federal:

Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades, “*pas de nullité sans grief*”, compreende as nulidades absolutas (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie)³⁶.

A problemática, contudo, reside na deturpação do princípio em função de pretensões punitivistas, legitimando-se condutas explicitamente *contra legem* sob o argumento de que a atipicidade do ato praticado não resultou em prejuízo a qualquer das partes. O ato processual é visto sob uma lógica maquiavélica, onde a sua existência se dá em função da consecução de um fim, qual seja a apuração da “verdade substancial” no processo penal, conceito típico dos sistemas inquisitórios, não passando de mera utopia, instrumento retórico a “justificar” a prática de abusos quando do exercício do poder estatal pelo julgador.

Os fins passam a justificar os meios. O prejuízo só se verifica caso tenha influído, o ato nulo, nos termos do art. 566, CPP, na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Basta, assim, que, através de mecanismos retóricos, o julgador alegue que não houve qualquer impacto por parte do ato viciado na decisão final, legitimando-se a inobservância dos tipos legais

³⁶ HC 121.953/MG, 2ª T., rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. 10.06.2014.

que delimitam os termos do procedimento. Esvazia-se o teor das determinações legais, materializando-se o “jogo sem regras”, no qual tudo se pode em função da consecussão de um fim maior, qual seja a perfeita reconstituição do fato delitivo.

Encontra-se terreno fértil à reiterada violação da lei, legitimando, aquele que julga, com base em uma problemática concepção acerca do que configuraria “prejuízo”, o que bem entender. Delega-se papel secundário à forma, negligenciando-se o fato de que esta representa uma garantia ao acusado ao assegurar a materialização do princípio constitucional nela contido ³⁷.

A deturpação em torno da concepção da instrumentalidade das formas a legitimar a desatenção às regras processuais estabelecidas pelo legislador intimamente ligada à noção da “verdade real” como objeto último do processo penal acaba revelando a lógica inquisitorial que permeia a teoria das nulidades no Judiciário pátrio. A forma processual assume aspecto teleológico específico, sempre voltada a apuração de uma pretensa verdade absoluta, conceito abstrato que acaba a conferir margem à prática de arbitrariedades por aquele que julga, que poderá, em maior ou menor escala, realizar uma interpretação conveniente do conteúdo do prejuízo ³⁸.

A finalidade dos atos processuais seria, em última instância, conduzir a uma reconstituição perfeita do fato histórico delitivo, relativizando-se a violação da tipicidade em prol de um “bem maior”, qual seja chegar o mais próximo possível da verdade dos fatos retratados na *persecutio criminis* para que possam ser adotadas as medidas adequadas. Chaga-se a afastar a alegação de nulidade de um ato processual quando o julgador dele não se faz valer para fundamentar o decreto condenatório, pois o ato, como fundamentado na *decisium*, em nada influenciou para a apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, conformando-se a atitude com o que preceitua o art. 566 do Código de Processo Penal (de cunho nitidamente inquisitorial, diga-se de passagem).

Esse proceder mostra-se bastante problemático. Imagine, por exemplo, que o réu responde a um processo em que é acusado pela prática do crime de roubo. Durante a instrução, determina-se o cumprimento de um mandado de busca e apreensão para recuperar os objetos roubados, alcançando, a diligência, o seu objetivo. O mandado, contudo, é cumprido em desrespeito às formalidades elencadas no Código de Processo Penal, uma vez que se deu de madrugada, ausente

³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v.2, pág. 388.

³⁸ ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais**: construção de um modelo racional de aplicação do ‘pas de nullité sans grief’ no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Tese (Mestrado em direito processual penal) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Págs. 146 e 147.

o consentimento do réu. A Defesa, desde a juntada da prova ao processo, pugna pelo reconhecimento do vício de nulidade. O juiz, contudo, indefere o pleito e, ao final da instrução, acaba por proferir decreto condenatório, fundamentando sua decisão única e exclusivamente na prova testemunhal. Em sede de apelação, o Tribunal competente denega o pedido de reconhecimento de nulidade sob o argumento de que o ato viciado em nada contribuiu para a formação da convicção do magistrado.

Como garantir que o ato não valorado quando do proferir da sentença não agiu na formação da convicção do juiz? Mostra-se idônea a supressão de formalidades sob o argumento de que os atos em quais elas deveriam se perfazer não contribuíram em absoluto para o atingir da “verdade substancial” (o que quer que seja isso)? A que se prestam, afinal, essas formalidades? São estas algumas das questões que evidenciam a falibilidade da premissa sob a qual repousa o manuseio do sistema das nulidades no país. O pensamento do juiz inquisidor e seu compromisso com a verdade acabam por distorcer a lógica garantista que deve permear o sistema acusatório, mostrando-se evidente o abismo entre a pretensão do constituinte e a realidade fática.

2.2.1. O prejuízo e seu ônus argumentativo

Como acima exposto, a noção de “prejuízo” acaba por assumir papel central no estudo das nulidades. Afinal, sem ele não é possível que se declare nulo um ato processual. A instrumentalidade das formas aponta a uma otimização do fluxo do processo, reservando-se a sua interrupção, exclusivamente, a casos de latente necessidade. Surge, no entanto, ao se debruçar sobre o tratado conceito, pertinente questão: a quem incumbe o ônus argumentativo da demonstração do prejuízo? Como este deverá ser demonstrado?

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência pátrias afirmam, como solução, que a obrigação de demonstrar o prejuízo cabe à parte que alega a nulidade, residindo, justamente, nesse entendimento o maior dos males no manuseio das nulidades em território pátrio. Grande parte das incoerências e injustiças impostas pelo atual modelo das nulidades advêm do atribuir o ônus argumentativo àquele que identifica o defeito no curso do processo. Sem maiores reflexões, reproduz-se o preceito regente da teoria das provas, insculpido no art. 156, CPP, segundo o qual a

prova da alegação incumbe a quem a fizer. Tal reprodução mostra-se completamente inadequada, cerrando os olhos aos princípios basilares que orientam o processo penal ³⁹.

Trata-se da matéria como se as partes fossem responsáveis por instituir as formas do processo penal e só a elas coubesse respeito sua violação. Negligencia-se o fato de que a tipificação do procedimento a ser seguido no curso do processo é matéria de ordem pública, objetivando, em última instância, consubstanciar as garantias individuais constitucionalmente asseguradas ao jurisdicionado. As normas são criadas única e exclusivamente pelo Estado através de sua função legislante, sendo ele o interessado primeiro em assegurar o seu efetivo cumprimento (ao menos no plano do “dever ser”).

Daí decorre a falibilidade da classificação das nulidades em absolutas e relativas, sendo aquelas tidas como originadas de violações de normas que tutelam o interesse público e estas como decorrentes da violação de normas que protegem interesses privatísticos. Ora, como alhures exposto, os interesses tutelados no bojo do processo penal são de cunho eminentemente público, uma vez considerados os valores que estão em jogo e as partes que integram a relação processual. Ademais, o devido processo legal é garantia fundamental que guarda o status de cláusula pétrea, sendo necessária a sua estrita observância para que alguém possa ser legitimamente privado de sua liberdade ou de seus bens (art. 5º, inciso LIV, CF).

Admitir a prescindibilidade do regramento a conduzir o processo é, em última instância, esvaziar a atividade do Legislador, concentrando-se na pessoa do julgador as funções não apenas de decidir, mas também a de legislar no caso concreto. Seria, a grosso modo, como um árbitro de futebol que decide validar um gol em que o atacante encontrava-se em posição de impedimento por entender que, na situação, não se mostra necessária a aplicação da regra que indica posição irregular.

O regramento processual existe, primordialmente, para assegurar interesses de ordem pública, protegendo o jurisdicionado contra o arbítrio estatal. Nesse sentido, valiosa a lição do mestre Daniel Zaclis:

Segundo esse raciocínio, ao se apontar um vício no decorrer da persecução penal, necessário compreendê-lo como uma possível ruptura do caminho ideal e pré-fixado pelo

³⁹ ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais**: construção de um modelo racional de aplicação do ‘pas de nullité sans grief’ no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Tese (Mestrado em direito processual penal) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Págs. 164 e 165.

próprio Estado para apuração daquele fato específico sob julgamento, e não como um interesse da parte para que seja, à sua maneira, promovida a justiça. O eventual reconhecimento da nulidade, em última instância, é a correção de rumo de um ato praticado em desconformidade com a determinação estatal ⁴⁰.

Errôneo, portanto, conceber a presença de interesses privatísticos no bojo do processo penal. Ele mostra-se eminentemente público. A confusão na classificação decorre da irrefletida importação de categorias do processo civil ao processo penal, as quais com este se mostram completamente incompatíveis. A própria noção de lide, conceito basilar no processo civil, carece de correspondência na seara penal. Na clássica lição de Carnelutti, a lide pode ser conceituada como uma “pretensão resistida em juízo”. Ora, no processo penal não há que se falar em pretensão. O que está em jogo é a liberdade de ir e vir do indivíduo a quem é imputada acusação e procura-se apurar o ocorrido para verificar a existência ou não de fato típico, antijurídico e culpável e sua respectiva autoria, decidindo-se, ao final, pelo reconhecimento da inocência ou da responsabilidade penal.

Não há pretensão, não há resistência. O Ministério Público tem a liberdade de, ao final do processo, requerer, em consonância com a Defesa, a absolvição do acusado. A Defesa, a seu turno, pode reconhecer a responsabilidade penal do réu, visando, por exemplo, à incidência da atenuante da confissão. Mesmo assim, mesmo em caso de consonância de vontades entre as partes, não pode haver acordo, não se pode abrir mão do processo penal, pulando as suas etapas e indo direto à condenação. Por quê? Porque o interesse na persecução penal é eminentemente público e, em sendo público, qualquer violação das normas do procedimento estabelecido pelo Legislador acarreta em presunção de lesão.

O cumprimento das regras processuais é de interesse primário do Estado, que, por conseguinte, deve se portar como seu maior gurdião. Apenas em um modelo de persecução eminentemente inquisitório que se faz possível a existência de um ônus argumentativo irracional a atribuir à parte que alega a tarefa hercúlea de justificar um erro, por parte do Estado, na aplicação das leis. Como se não bastasse, a parte não só tem o ônus de argumentar, mas também precisa demonstrar que houve, da violação da norma, efetivo prejuízo. Não há qualquer indicação, contudo,

⁴⁰ ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais**: construção de um modelo racional de aplicação do ‘pas de nullité sans grief’ no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Tese (Mestrado em direito processual penal) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Pág. 166.

de como essa prova deve ser feita ou qual o *standard* probatório exigido a se caracterizar o prejuízo⁴¹.

Desarrazoado, portanto, o sistema das nulidades no Brasil, o qual acaba por abrir indevida margem à arbitrariedade do julgador. O ônus argumentativo por parte de quem alega somado à necessidade de prova do prejuízo, sem que haja, ao menos, um *standard* probatório a indicar como essa prova deve ser feita quebra, de forma evidente e inegável, a paridade de armas no processo penal. Quem se defende não sabe o que esperar, uma vez que as normas que regulam o procedimento podem ser, a qualquer momento, violadas, em nada implicando a dita violação. Afinal, nos termos do próprio Código de Processo Penal, a nulidade não será declarada se em nada influir na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

O réu, dessa forma, vê-se a mercê do ânimo do julgador, a quem é conferido o poder de mudar as regras do jogo quando ele já está em andamento. O art. 566 do CPP, de cunho nitidamente inquisitorial, ultrapassa os limites impostos constitucionalmente ao magistrado, sendo gritante a sua incompatibilidade com o nosso Ordenamento Jurídico. A interpretação jurisprudencial e doutrinária do citado dispositivo em conjunção com o art.563, CPP, o qual dispõe não haver nulidade sem prejuízo, acaba, assim, por se mostrar desastrosa, legitimando, na prática, todos os tipos de abuso na condução processual. Tome-se como exemplo o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. **A presença do réu preso durante a colheita da prova testemunhal, pese seja recomendável, não é imprescindível para que a audiência seja válida. Portanto, a nulidade suscitada é relativa, pois necessita de comprovação do prejuízo causado à defesa. No caso em tela, o prejuízo não restou demonstrado.** ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70057949216, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 27/02/2014)
(TJ-RS - HC: 70057949216 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 27/02/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/04/2014).

Perceba-se que na decisão em comento, o réu, mesmo preso (ou seja, em local conhecido e custodiado pelo Estado), não compareceu à sessão de julgamento, tendo mitigado seu direito à ampla defesa assegurado constitucionalmente. Além do mais, a prática fere frontalmente o disposto

⁴¹ ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais**: construção de um modelo racional de aplicação do ‘pas de nullité sans grief’ no âmbito do processo penal brasileiro. 2015. 199 f. Tese (Mestrado em direito processual penal) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Pág. 166.

no art. 14, item 3, alínea “d” do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992), o qual dispõe, explicitamente, que o acusado de ter praticado um delito tem o direito de estar presente no julgamento. Tais, indicativos, contudo, não resistem a retórica que aponta à não demonstração de prejuízo por parte da defesa, o que, por conseguinte, implica na convalidação do ato praticado em completa dissonância aos preceitos constitucionais.

Esvazia-se a teleologia das normas do processo, inutilizando o regramento estabelecido pelo Legislador para dar vazão a pretensões punitivistas que indicam ser preferível a condenação ao arripio da lei do que o reconhecimento de um vício processual. É a materialização da soberba que assola o Judiciário brasileiro, onde o Estado erra, não reconhece seu erro e ainda impõe a quem está sendo processado o dever de provar que o erro acarretou prejuízo (detalhe: sem qualquer parâmetro a indicar como deve se dar essa prova).

3. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO SEM A PRESENÇA DO PARQUET: O TRIÂNGULO DE DOIS LADOS

3.1. Audiência de Instrução e Julgamento: estrutura e simbologia

A audiência de instrução e julgamento pode ser rotulada como o principal ato do processo penal. De natureza complexa, caracteriza o momento em que será produzida e colhida a prova, seja ela de natureza testemunhal, pericial ou documental, bem como será interrogado o acusado, proferindo-se, ao final, a decisão ⁴². Fulcral a importância do tratado momento, uma vez que aí não só é produzido e colhido o material probatório que possibilitará a reconstituição do fato histórico objeto do processo, como também será conferida ao réu a oportunidade de se manifestar pessoalmente perante a autoridade julgadora no exercício de seu direito de defesa.

Como se não bastasse, na audiência também serão apresentadas as alegações finais pelas partes e, por fim, proferido o decreto absolutório ou condenatório pelo magistrado (a despeito da prática forense indicar que as alegações finais e a sentença são, no mais das vezes, reduzidas à forma de memoriais e apresentadas por escrito). O ato, assim, pode ser caracterizado como o coração do processo, onde, no mais das vezes, se elucidará as questões fáticas atinentes ao caso e se formará a convicção a fundamentar a condenação ou absolvição do acusado.

Contudo, mais do que a imprescindibilidade da audiência de instrução e julgamento como momento de produção de provas e decisão da lide, é necessário destacar a simbologia que o ato carrega. É nele que estarão, frente a frente, os três sujeitos que integram a relação processual: o juiz, o acusador (no mais das vezes um membro do Ministério Público) e o acusado (em companhia de seu advogado, responsável por exercer a defesa técnica).

Tomando-se por base a clássica distinção entre os sistemas processuais penais acusatório e inquisitório que traz consigo, como critério, a separação das funções de acusar e julgar, o momento passa a deter, inequivocamente, elevada carga simbólica. A presença de três sujeitos distintos seria imprescindível em se tratando de uma estrutura acusatória, pois, caso contrário, restaria prejudicada a atividade dialética que a caracteriza, já que ausente uma das figuras essenciais. Por outro lado, em se tratando de um sistema de cunho inquisitorial, tal ausência não caracterizaria

⁴² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 736.

prejuízo ao ato, pois a figura do juiz ator poderá fazer às vezes de acusador e conduzir os trabalhos, extraíndo das testemunhas e do réu tudo que acredite ser necessário à resolução do processo a seu crivo.

A presença das partes não constitui de mera formalidade que possa ser relativizada em função de interpretações jurisprudenciais do Ordenamento Jurídico que procuram, de modo a beirar o absurdo, compatibilizar uma pretensa estrutura acusatória do processo com a possibilidade de realização da audiência sem a presença do representante do *Parquet*. O processo penal, mais do que um instrumento a viabilizar o exercício do *jus puniendi* pelo Estado, é um termômetro a aferir a maior ou menor materialização de princípios democráticos hoje consagrados nos mais variados Ordenamentos Jurídicos, principalmente em se tratando dos países de cultura ocidental. As figuras remontadas no desenvolver da atividade processual, assim, devem ser vistas com cautela, uma vez que elas serão as principais responsáveis por determinar, inclusive, a natureza do sistema:

Torna-se tarefa infrutífera, para não dizer cega, pretender dar conta dos sistemas processuais sem perceber-se que o processo penal se incrusta na representação e montagem de imagens – emblemas – que permitirão uma organização do saber, não apenas jurídica, mas que se desencadeia em fluxo contínuo, pelas beiradas do simbólico. Atentando-se para as lições de Legendre, o processo penal ganha espaço nas redes emaranhadas do simbólico a partir do momento em que se triangulariza, permitindo a interação do inculcado na relação tricotômica, que diz bem mais do que ontologicamente se poderia esperar do mero *actus trium personarum* próprio do academicismo renascentista⁴³.

A estrutura triangular do processo vai além de mero formalismo que possa ser aviltado ao bel prazer do julgador. Constitui o cerne do sistema processual penal acusatório, caracterizando o princípio unificador do sistema: o dispositivo. Note-se que acima defendeu-se a tese de que o que viria a servir de critério identificador do sistema processual seria, justamente, a gestão da prova, que se daria pelas partes ou pelo magistrado conforme a natureza acusatória ou inquisitiva do sistema, respectivamente. Sendo assim, poder-se-ia perguntar: ora, afinal o princípio dispositivo, indicador da natureza acusatória do sistema seria identificado pela estrutura triangular do processo ou pela gestão da prova pelas partes? Não se estaria entrando em contradição ao defender-se, no mesmo trabalho, as duas teses?

⁴³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades**: processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. 637 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de pós-graduação em Direito, setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Pág. 120.

A resposta é simples: não. Isso porque a estrutura triangular do processo, o *actum trium personarum*, não se esgota na simples repartição de funções, existindo um sujeito que ocupa a posição formal de acusador, o magistrado, teoricamente responsável por decidir a causa e o acusado. A estrutura triangular deve, para além disso, se projetar de forma a atingir todo o processo, determinando não só que existam três partes distintas, mas que a elas seja reservada as funções pertinentes segundo a lógica tricotômica da relação. Assim, a gestão da prova como critério aparece como decorrência da estrutura triangular, devendo ser reservada unicamente às partes a iniciativa probatória. O que existe, portanto, é uma compatibilidade entre os conceitos.

A audiência de instrução e julgamento, como principal momento dentro do trâmite procedimental penal, não poderia deixar de apresentar alta carga simbólica, a qual atrela-se, de modo indissociável, aos pilares fundantes do próprio sistema. O Direito, como quase tudo que se aloca na esfera do cognoscível, remonta-se sobre figuras, símbolos, a caracterizar a linguagem dentro do próprio ramo do conhecimento. Em sua Teoria do Saber Comunicativo, Jürgen Habermas já destacava, ao se referir ao processo penal, a importância de cada detalhe a conspirar para a solução do caso ⁴⁴.

No âmbito do processo penal, onde a simbologia e o ritual assumem especial relevo para concretizar a significação de uma decisão judicial ⁴⁵, não há espaço para que se negligencie a organização cênica do momento crucial representado pela realização da audiência de instrução e julgamento. Nos termos do art. 400 do Código de Processo Penal brasileiro, na audiência serão ouvidas a(s) vítima(s), as testemunhas de acusação e de defesa (nesta ordem) e o acusado (caso este deseje ser interrogado). Conforme o caso, poderá também haver esclarecimentos por partes dos peritos, acareações e reconhecimento de pessoas e coisas.

Não é difícil, portanto, chegar à conclusão de que a maior carga cognoscitiva do processo estará concentrada na realização do ato processual em apreço. Nele é que se reconstituirá o fato histórico objeto do processo. Nele que será firmada a narrativa a embasar o decreto condenatório

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. I. In: ROSA, Karine Azevedo Egypto. **A inconstitucionalidade da disposição cênica das salas de audiência e tribunais brasileiros**. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4227/a-inconstitucionalidade-disposicao-cenica-salas-audiencias-tribunais-brasileiros-incons>. Acesso em 02 de outubro de 2019.

⁴⁵ ROSA, Karine Azevedo Egypto. **A inconstitucionalidade da disposição cênica das salas de audiência e tribunais brasileiros**. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4227/a-inconstitucionalidade-disposicao-cenica-salas-audiencias-tribunais-brasileiros-incons>. Acesso em 02 de outubro de 2019.

ou absolutório por parte do magistrado. A presença dos sujeitos processuais integrantes da relação não pode, assim, ser relativizada, admitindo-se a ausência do autor da ação. A sua presença é requisito indispensável à realização do ato.

3.2. Audiência de instrução e julgamento sem a presença de representante do Ministério Público: a insuperável incompatibilidade entre a praxis a estrutura acusatória do processo

O Ministério Público pode ser caracterizado como instituição essencial à Justiça e tem suas funções institucionais elencadas no próprio texto constitucional (art. 127, CF), lhe sendo imputado o dever de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O art. 129, inciso I da Constituição Federal, por sua vez, fixa como uma das funções institucionais do Ministério Público a de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

A concepção moderna acerca do Ministério Público surge, sobremaneira, em função do fracasso da inquisição e gradual adoção do modelo acusatório. Dada a impossibilidade de concentração em uma só pessoa das funções de acusar e julgar e a indisposição estatal de se relegar aos particulares o poder e função de persecução penal, surge a necessidade de fabricação de uma parte para que se perpetue o monopólio estatal no que diz respeito à acusação ⁴⁶. O Ministério Público, assim, aparece como uma parte fabricada, integrante da estrutura de poder, garantindo, ao mesmo tempo, a concentração da função de acusar nas mãos do Estado e a imparcialidade do juiz (pelo menos no plano formal, tomando-se como critério a separação das funções de acusar e julgar).

Assumindo a posição de garante, o Ministério Público acaba por assegurar a preservação do interesse público ao viabilizar o exercício do *jus puniendi* por parte do Estado, promovendo a pacificação social de um cenário desbalanceado pela prática de um fato criminoso. Ao juiz, tomando-se por parâmetro a pretensão acusatória estabelecida pela Constituição Federal de 1988, caberia, única e exclusivamente, a função de decidir a causa, mantendo-se esquidistante ao acusado e à acusação.

⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 156.

O Ministério Público, como decorrência do papel que lhe é atribuído, deve intervir em todos os atos da ação por ele intentada (consequência lógica, inclusive, da posição processual que ocupa: a de autor). O descumprimento do tratado dever constitui, causa de nulidade, esculpida no art. 564, inciso III, alínea “d”, CPP.

A problemática, contudo, surge do próprio regime de nulidades no ordenamento jurídico prático, o qual, fundado em premissas típicas da inquisição, negligencia a forma para “otimizar” o trâmite processual. A premissa do *pas nullité sans grief*, prevista no art. 563, CPP (dispositivo este que abre o título das nulidades) acaba por fornecer, como acima explanado, munição retórica ao julgador para convalidar as mais variadas violações ao procedimento legalmente estabelecido. Como se não bastasse, a noção de “verdade substancial”, trazida pelo art. 566 do mesmo diploma, de cunho aberto e inderteminado, acaba por “encher o prato” dos juízes simpáticos à máxima inquisitorial de que a função primeira do processo penal é reconstituir, de forma mais fidedigna possível, o fato delitivo, custe o que custar.

Nesse contexto ideológico típico da caça às bruxas, tornou-se praxe a realização de audiências de instrução e julgamento sem a presença do órgão acusatório, titular da ação. Segundo a lógica utilizada, a regular intimação do membro do Ministério Público é suficiente a afastar a alegação de nulidade, principalmente em caso de procedência do pedido da acusação aduzido nas alegações finais sob a forma de memoriais. O argumento utilizado pelos julgadores a afastar o vício é de que, em havendo prejuízo, o prejudicado seria o próprio *Parquet*, que não foi representado no ato. Prosseguindo com o raciocínio, comentam que, como o pedido do próprio *Parquet* foi julgado procedente, não há, absolutamente, que se falar em prejuízo. Observe-se o teor do julgado do Tribunal de Justiça de Pernambuco:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGOS 129, § 9º, E 147, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA DENÚNCIA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE DA SENTENÇA COM ESTEIO NO ARTIGO 564, INCISO III, ALÍNEA D, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA ÀS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DE DITO REPRESENTANTE PARA OS ATOS. NÃO ACOLHIMENTO. REPRESENTANTE MINISTERIAL DEVIDAMENTE INTIMADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. QUESTÃO DE NULIDADE REJEITADA. DECISÃO UNÂNIME. I - Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a demonstração do prejuízo concreto é imprescindível para o reconhecimento de nulidade, seja ela relativa ou absoluta. II - Na hipótese vertente, o representante do órgão ministerial foi devidamente intimado das audiências de

instrução e julgamento realizadas nos autos e, considerando que a sentença foi julgada procedente, tal como perseguido por dito representante em alegações finais devidamente apresentadas, não se evidenciou prejuízo à acusação à luz do artigo 563 do Código de Processo Penal a autorizar o reconhecimento da nulidade. III - Nulidade rejeitada. Decisão unânime. (*grifos nossos*)

(TJ-PE - APL: 4601429 PE, Relator: Daisy Maria de Andrade Costa Pereira, Data de Julgamento: 20/06/2019, 2ª Câmara Extraordinária Criminal, Data de Publicação: 05/07/2019).

Não bastasse o entendimento erigido como padrão em diversas varas e tribunais brasileiros, o Conselho da Magistratura do TJ-PE foi além, publicando uma recomendação orientando os magistrados a realizarem as audiências criminais mesmo na ausência do promotor de justiça, desde que este tenha sido regularmente intimado. A Recomendação n. 01 de 13 de novembro de 2014, especificamente editada para determinar a realização de audiência criminais caso ausente o órgão acusatório, acabou por consagrar formalmente, em Pernambuco, a visão utilitarista e inquisitorial acerca do processo penal, negligenciando-se, em absoluto, as garantias de quem está sendo acusado.

A medida gerou reação por parte dos membros do Ministério Público, tendo instaurado-se, perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o procedimento de controle administrativo nº 0000071-07.2015.2.00.0000, proposto pela Associação do Ministério Público de Pernambuco (AMPPE). Os resultados foram, em um primeiro momento, frutíferos, tendo o conselheiro Norberto Campelo concedido liminar suspendendo os efeitos da recomendação exarada pelo Conselho da Magistratura do Estado de Pernambuco. Em sua decisão, o conselheiro destaca:

Realmente, tal recomendação, salvo melhor juízo, viola o princípio da legalidade, desconsiderando os termos do art. 129, inc. I, da CF/88, além do art. 564, inc. III, “d”, CPP, apto a tornar regra algo que deveria ser exceção. Isto porque o ato questionado recomenda ‘aos magistrados com jurisdição criminaldo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco 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’, não fazendo alusão à possibilidade de justificativa⁴⁷.

Note-se que a preocupação do conselheiro mostra-se bastante válida à medida em que a recomendação não se dá no sentido de incentivar apenas a realização da audiência de instrução e julgamento criminal em caso da ausência injustificada por parte do membro do *Parquet*. Ela vai

⁴⁷ PAC 0000071-07.2015.2.00.0000, Conselho Nacional de Justiça, rel. cons. Norberto Campelo, j. 03.03.2016.

além, pontuado que, havendo intimação, deve ser realizado o ato processual. Irrelevante, portanto, se o membro do Ministério Público oficia o juízo solicitando adiamento em razão de justificada impossibilidade de comparecimento.

A despeito da decisão liminar suspendendo os efeitos da recomendação, a AMPPE não restou exitosa ao final do trâmite processual. Em sinal de completa desconsideração para com o sistema acusatório veiculado através das garantias constitucionalmente previstas na Carta de 1988, o CNJ, argumentando que a recomendação proferida pelo Conselho da Magistratura do Estado de Pernambuco evidencia-se conforme o entendimento da jurisprudência pátria e que a orientação nela veiculada não passa de recomendação, não afastando a prerrogativa do magistrado de conduzir o processo, e, por consequência, de administrar a pauta de audiências:

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. (CNJ - PCA: 00000710720152000000, Relator: NORBERTO CAMPELO, Data de Julgamento: 27/09/2016)

A gravidade de tal posicionamento por parte de um Tribunal de Justiça convalidado pelo Conselho Nacional de Justiça chama a atenção. Relega-se única e exclusivamente ao Ministério Público a responsabilidade pela ausência de um representante na audiência de instrução, independentemente da causa determinante da dita ausência. O magistrado, condutor do processo, agenda a pauta de audiências e o membro do *Parquet* que faça os seus malabarismos para comparecer aos atos instrutórios.

Problema que é, em essência, afeto ao sistema de justiça como um todo, acaba sendo atribuído de forma exclusiva à parte autora, a qual, não raras vezes, é imputada a quimérica incumbência de comparecer a duas audiências de forma simultânea. Ora, da mesma forma que

Newton ensina ser impossível dois corpos ocuparem o mesmo espaço ao mesmo tempo, parece óbvio que um corpo não pode se destrinchar em dois, estando presente em locais distintos de forma simultânea. Inadmissível a perpetuação de tal comportamento na praxe forense nacional.

3.3. Os ventos inquisitoriais da Jurisprudência pátria

A Jurisprudência pátria, em se tratando da realização da audiência de instrução e julgamento criminal ausente o representante do *Parquet*, é quase que unânime ao entender se tratar de causa de nulidade relativa, sendo necessária a efetiva demonstração de prejuízo. É o caso do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, o qual tende a convalidar a realização da audiência sob o argumento de que, uma vez tendo sido intimado o órgão acusador e não demonstrado o prejuízo pela defesa, não há que se falar em nulidade:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGOS 129, § 9º, E 147, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA DENÚNCIA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE DA SENTENÇA COM ESTEIO NO ARTIGO 564, INCISO III, ALÍNEA D, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA ÀS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DE DITO REPRESENTANTE PARA OS ATOS. NÃO ACOLHIMENTO. REPRESENTANTE MINISTERIAL DEVIDAMENTE INTIMADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. QUESTÃO DE NULIDADE REJEITADA. DECISÃO UNÂNIME. I - Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a demonstração do prejuízo concreto é imprescindível para o reconhecimento de nulidade, seja ela relativa ou absoluta. II - Na hipótese vertente, o representante do órgão ministerial foi devidamente intimado das audiências de instrução e julgamento realizadas nos autos e, considerando que a sentença foi julgada procedente, tal como perseguido por dito representante em alegações finais devidamente apresentadas, não se evidenciou prejuízo à acusação à luz do artigo 563 do Código de Processo Penal a autorizar o reconhecimento da nulidade. III - Nulidade rejeitada. Decisão unânime.

(TJ-PE - APL: 4601429 PE, Relator: Daisy Maria de Andrade Costa Pereira, Data de Julgamento: 20/06/2019, 2ª Câmara Extraordinária Criminal, Data de Publicação: 05/07/2019)

Encontra-se, contudo, algumas decisões isoladas em que, prestigiando o princípio dispositivo, o julgador entende pelo reconhecimento da nulidade em face do nítido prejuízo causado às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa:

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. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70078937505, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 26/10/2018).
(TJ-RS - EI: 70078937505 RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento: 26/10/2018, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/12/2018) (*grifos nossos*)

Os Tribunais Superiores, a seu turno, mostram-se firmes em seu posicionamento, entendendo que a ausência do Ministério Público é causa de nulidade relativa. Na grande maioria das vezes, portanto, convalida-se o ato, não se reconhecendo a nulidade sob o argumento de que a mera ausência do órgão de acusação na audiência de instrução e julgamento, quando devidamente intimado, não é motivo suficiente, por si só, à anulação do feito e, não sendo demonstrado o prejuízo, não há que se falar em repetição do ato:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INQUIRÇÃO PELO JUIZ. NULIDADE INEXISTENTE. PRECEDENTES DO STJ. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DAS PROVAS. SÚMULA N. 7 DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Esta Corte que já se manifestou no sentido de que é possível atribuir ao Juizado da Infância e da Juventude, competência para processar e julgar crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes. 2. **"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"** (AgRg no REsp 1.4919.61/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 14/9/2015). 3. A pretendida absolvição do réu demanda o inevitável revolvimento das provas carreadas aos autos, o que encontra vedação no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. Agravo regimental desprovido.
(STJ - AgRg no AREsp: 1069810 RS 2016/0325843-7, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 14/09/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/09/2017) (*grifos nossos*)

A mentalidade punitivista e utilitarista do processo penal, ainda presente no Judiciário pátrio, faz com que, na grande maioria dos casos, não seja reconhecida a nulidade caso ausente o titular da ação penal na audiência de instrução e julgamento. Pior: a deturpação teleológica do artigo 212 do Código de Processo Penal, o qual se mostra claro ao autorizar apenas a inquirição suplementar por parte do magistrado condutor do processo a esclarecer pontos que restaram obscuros, é explorada de forma a autorizar práticas completamente afrontosas ao sistema

acusatório. Não raro, caso ausente o órgão ministerial, o juiz se coloca como responsável por iniciar a inquirição das testemunhas de acusação, em flagrante substituição ao órgão acusatório:

EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA. NULIDADE DA INSTRUÇÃO AFASTADA. - Não se verifica, no caso, a nulidade do processo pelo fato de o Magistrado ter conduzido audiência de oitiva das testemunhas de acusação, na hipótese em que o membro do Ministério Público, apesar de devidamente intimado da audiência, deixou de a ela comparecer. - A ausência do membro do Parquet na audiência, por si só, não enseja a nulidade do feito. Para que seja reconhecida a nulidade deve ser demonstrado o efetivo prejuízo suportado pelo réu, o que não ocorreu na hipótese. - O art. 212 do Código de Processo Penal, mesmo com as modificações conferidas pela Lei n.º 11.690/2008, que alcançou apenas o método de inquirição, continua a permitir que o juiz, destinatário final da prova, formule perguntas às testemunhas. Além disso, a não observância da regra do art. 212 da lei processual penal, por se tratar de simples inversão da ordem de inquiridores da testemunha, enseja, no máximo, nulidade relativa. - Configuração da nulidade que resta obstada por não ter sido argüida nos memoriais anteriores à sentença (art. 571, CPP), pela ausência de demonstrado prejuízo à parte interessada (art. 563, CPP), pela contribuição da defesa ao descumprimento da forma (art. 565, CPP), e, ainda, pela irrelevância da ocorrência à apuração da verdade substancial e ao julgamento da causa (art. 566, CPP). Embargos infringentes desacolhidos. Por maioria. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70055432835, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 28/03/2014)
(TJ-RS - EI: 70055432835 RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Data de Julgamento: 28/03/2014, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/04/2014)

O princípio da verdade real, consagrado expressamente no artigo 566 do CPP parece autorizar flagrantes violações ao procedimento legalmente estabelecido. A matriz inquisitorial do regramento se faz sentida, sendo amplamente utilizada pelos julgadores a legitimar e convalidar práticas nocivas e contrárias à pretensão acusatória do constituinte. A inquisição ainda é realidade na Justiça brasileira. Afinal, parece ser preferível que haja o desrespeito às garantias constitucionais do que o reconhecimento de uma nulidade que deixe sem a “devida responsabilização” aquele suspeito de praticar um delito.

3.4. A necessidade de reconhecimento da nulidade em caso de ausência do Parquet na audiência de instrução criminal e uma esperança longínqua: o PL 8045/2010

Apesar do entendimento jurisprudencial acerca do tema, parece nítida a necessidade de reconhecimento do caráter absoluto da nulidade, se assim for preferível denominar, caso ausente o órgão acusatório. A não reprodução da estrutura tripartite do processo penal na audiência de

instrução e julgamento atinge, de forma irreparável, a essência do processo, a sua teleologia como um todo. O contraditório resta comprometido, o devido processo legal, mutilado e o acusado, na maioria das vezes, encontra-se perante o juiz inquisidor, um “super juiz” que, naquele momento, está produzindo a prova que, não raro, será por ele mesmo posteriormente valorada para determinar uma condenção.

É certo que, em muitos dos casos, a demanda excessiva presente no Judiciário brasileiro revela-se desesperadora àqueles que integram os seus quadros e as nulidades, por conseguinte, figuram como inimigas indesejáveis ao cumprimento de metas internamente estabelecidas. Complementando a figura, o déficit de integrantes nos quadros de Ministérios Públicos estaduais, como é o caso de Pernambuco, torna impossível o comparecimento do órgão acusatório em certos atos processuais que demandam sua presença. Tal cenário contribui sobremaneira a uma visão corporativa a respeito do tema, relativizando a materialização das garantias constitucionais em função da “otimização” do andamento processual.

Ocorre que a relativização da forma é sobremaneira danosa aos Estados Democráticos de Direito. Isso porque a forma, como afirmam aqueles mesmos que a relativizam em função de pretensões utilitaristas, não representa um fim em si mesmo. Ela existe em função de um escopo maior. Tal escopo, contudo, não é e nem pode ser, como acreditam aqueles partidários de uma noção inquisitorial do processo, a busca da “verdade real”. Ao contrário, a relevância da forma na seara penal apresenta-se em sobredestaque justamente por ser a responsável por permitir a permeabilidade das garantias do acusado dentro de um processo. Configura meio de ventilação das garantias constitucionalmente asseguradas aos sujeitos individualmente considerados ⁴⁸. É, portanto, o escudo daquele que é acusado contra o poder de império estatal que sobre ele se manifesta.

A audiência de instrução e julgamento criminal, como acima exposto, é o momento em que se reproduz a estrutura do sistema processual penal no mundo dos fatos. Em um sistema de natureza acusatória, é imprescindível que estejam presentes, ao menos, três figuras processuais no ato: as partes e o julgador. Não é concebível a defesa de um sistema acusatório em que se encontra ausente

⁴⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades**: processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. 637 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de pós-graduação em Direito, setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Pág. 160.

uma das partes. Afinal, um tripé de duas pernas não se sustenta. Vai ao chão. É o colapso do sistema acusatório.

Como defender a natureza relativa (o que quer que isso signifique na mente daqueles que adotam a classificação) da tratada nulidade? Depois de tudo sobre o que se discorreu, desde a importância da aparência de imparcialidade ao pré julgamento que existe, inevitavelmente, naquele que exerce a iniciativa probatória, parece óbvia a incompatibilidade da praxe corriqueira na realidade dos fóruns nacionais com as pretensões do constituinte. As metas são posicionadas acima dos postulados constitucionais, a frustração advinda da declaração de nulidade é mais temível que violação das garantias individuais.

Não se trata da alienação sobre uma realidade conturbada do Judiciário brasileiro, em que as varas (aí inclusas as criminais), no mais das vezes, possuem pilhas de processo que precisam ser movimentados, constituindo um trabalho colossal para os magistrados nelas titulares. Trata-se, justamente, da assunção e análise de tal realidade e conseguinte crítica que recai sobre a solução adotada para que não se abarrote ali, ainda mais, tais processos que precisam de andamento.

O vilipêndio das garantias constitucionais não pode ser a solução para uma morosidade do sistema de justiça. A complacência para com as reiteradas violações do procedimento processual penal legalmente estabelecido, tratando-se, aqui, em específico, da realização da audiência de instrução e julgamento sem a presença de representante do *Parquet*, esvazia a teleologia do próprio sistema, que passa a funcionar “por tabela”, dissociado da finalidade para a qual foi instituído.

É necessária a quebra para com a concepção inquisitorial que predomina em território pátrio, em que o juiz tudo pode em nome de um bem maior, qual seja o destrinchar minucioso do pretérito fato criminoso objeto do processo sob sua condução. A figura do “super juiz”, que não só possui a prerrogativa de conduzir o procedimento, como também amplos poderes instrutórios, gerindo a prova que, futuramente, poderá ser, por ele, utilizada a embasar eventual decreto condenatório, simboliza uma adaga no coração da teleologia implementada pela Constituição, a qual, indubitavelmente, traçou diretrizes ao estabelecimento de um sistema processual penal acusatório.

Esse desequilíbrio na relação processual ocasionado pelos amplos poderes conferidos ao magistrado pela legislação infraconstitucional acarreta em desamparo ao jurisdicionado a eles sujeitos, que, em última instância, encontra-se entregue ao bel prazer do julgador, quem pode afastar as regras procedimentais legalmente estabelecidas com base em um exercício retórico

amparado em dispositivos legais (os quais trazem em si a forte matriz inquisitória sob a qual foi engendrado o Código de Processo Penal). O Processo Penal queda-se desvirtuado, onde garantias individuais e limitações do exercício do poder estatal cedem espaço a um campo de amplo domínio por parte do juiz. O juiz, para além de integrante, passa a figurar, verdadeiramente, como “dono” da relação processual:

[...] Verifica-se um “donismo” processual sem precedentes, endo e extraprocessuais: o processo é meu, a promotora é minha, a estagiária é minha, a escrivã é minha, o box é meu, o carro é meu, eu sou eu, eu e eu. Então, eu posso investigar, eu posso acusar, eu posso julgar, recorrer e executar a sanção. Nesse modelo, confundem-se as funções dos agentes do Estado-Julgador com os do Estado- Acusador e com os do Estado-Investigador. Quanto maior a pirâmide, mais próximo da divindade estará o que ocupa o seu ápice, mais força terá o gestor de todo sistema ⁴⁹.

Essa confusão entre as figuras integrantes da relação processual penal evidencia-se sobremaneira quando da realização da audiência de instrução e julgamento sem a presença do órgão acusador, titular da ação. O juiz acaba por assumir suas vestes e se põe engajado na produção da prova (afinal, a audiência de instrução é momento fulcral na condução processual, pois aí serão produzidas, por excelência, as provas que permitirão a reconstrução do potencial fato delitivo em análise).

Desse ato, verifica-se uma completa deturpação da simbologia que caracteriza um sistema processual penal acusatório. Não há mais acusação. O juiz, exercendo o seu desproporcional poder instrutório, colhe toda a prova que ele mesmo utilizará para condenar. A função institucional do Ministério Público resta esvaziada. O Promotor passa a ser uma figura a cumprir função meramente formal na relação processual. A imparcialidade do julgador é completamente fulminada. A máscara cai por completo, revelando a estrutura inquisitorial que ainda persiste no ordenamento pátrio e, sobretudo, na praxe jurisprudencial.

O cenário, contudo, não é de completo pessimismo. Atualmente, encontra-se tramitando, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 8.045/2010, o qual, se aprovado, revogaria o Código de Processo Penal vigente, instituindo um novo regramento pátrio. O projeto de lei procura conformar o sistema processual penal às diretrizes constitucionais, rompendo, ao menos no plano legal, com a matriz inquisitória sob a qual foi engendrado o atual regramento.

⁴⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, págs. 143-165, 2015. Pág. 148.

A leitura do referido projeto de lei vem, logo em um primeiro momento, chamar atenção. O Livro I (“da persecução penal”) do projeto traz, em seu primeiro título (Título I), os “Princípios Fundamentais”, nomenclatura utilizada no próprio projeto, que orientariam o sistema de persecução. Dentro do tratado título, está o artigo 4º, que assim dispõe:

Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Note-se que tal artigo traria reflexos incomensuráveis ao sistema de persecução penal pátrio. Quebraria, se seguido à risca, por completo para com a estrutura inquisitorial hoje vigente, consagrando a figura do juiz-espectador, a quem caberia, tão somente, a valoração das provas a ele trazidas pelas partes. Trata-se da conformação do sistema de persecução às diretrizes constitucionais, onde a gestão probatória é efetivamente conferida às partes e, dessa forma, torna-se possível preservar a aparência de imparcialidade do julgador.

Dentro desse cenário hipotético, não restaria munição retórica a possibilitar a convalidação de práticas como a realização da audiência de instrução e julgamento sem a presença de representante do *Parquet*. Ora, além de consagrar expressamente a adoção do sistema acusatório de persecução (o que, por si só, já seria suficiente a afastar o danoso vício), o pretenso dispositivo de lei veda a substituição, pelo magistrado, da atuação probatória do órgão de execução. Por conseguinte, seria inviável a realização da audiência de instrução criminal ausente o promotor de justiça, uma vez vedado ao juiz substituir a acusação inquirindo as testemunhas.

O comando elencado no dispositivo em apreço nada mais faz do que conformar a legislação infraconstitucional aos ditames do Constituinte, abolindo vestígios inquisitoriais que tendem a persistir enquanto não for promulgado novo regramento. O Processo Penal sofre com os variados influxos ideológicos que permeiam o contexto sob o qual ele se constrói. Sendo o atual regramento fruto de um governo de natureza totalitária, fez-se presente nele a ideologia da funcionalidade repressora do sistema criminal, atuando, o processo penal, como um braço do poder, por meio do qual manifestar-se-ia a força do Estado, o autoritarismo então presente ⁵⁰.

⁵⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, págs. 143-165, 2015. Pág. 146.

Apenas o rompimento por completo para com essa estrutura ultrapassada permitirá a ressignificação do sistema processual penal, superando-se, por exemplo, o critério da “verdade substancial” erigido pelo art. 566, CPP, como referencial a ser explorado quando da análise de potencial nulidade. Não se trata de reconstruir fidedignamente o fato delitivo que tomou corpo no passado. O processo penal funciona como instrumento de limitação do poder punitivo do Estado, sendo a forma garantia e não mero capricho que possa, a qualquer tempo, ser afastado em função de uma concepção utilitarista e inquisitória do processo. O processo penal não é meio de extração de uma verdade perdida no passado. É um instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição ⁵¹.

⁵¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Págs. 936 a 942.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estrutura acusatória do processo não sobrevive a práticas nitidamente inquisitoriais. O princípio unificador do sistema processual acaba sendo identificado pelos traços mais marcantes do sistema e, decerto, a estrutura adotada quando da realização da audiência de instrução e julgamento em muito pesa à classificação. Como defender, afinal, que o sistema é de natureza acusatória, mas ao juiz é dada a faculdade de, ausente o titular da ação, prosseguir na realização de audiência, ali colhendo testemunhos e produzindo provas diversas em verdadeira substituição ao órgão acusador?

Determinando-se que o princípio dispositivo será o regente do sistema de persecução, não basta que se proceda com a repartição de funções em mero exercício formal que não encontra maiores reflexos na dinâmica processual. É necessário que essa repartição se projete por todo o procedimento, garantindo-se que a gestão da prova fique a cargo das partes. Um juiz ao qual são conferidos poderes instrutórios, como acima explicado, é um juiz, inevitavelmente, parcial. A produção da prova se dá a confirmar ou negar determinada hipótese que se perfez, em momento pretérito, na mente de quem investiga. Quem procura, procura em determinado sentido. A atividade investigativa se desenvolve objetivando confirmar aquele cenário abstrato, dentre os milhares possíveis, tido pelo investigador como o mais provável de ter ocorrido.

Destarte, mesmo que haja o compromisso moral para consigo mesmo por parte do julgador em manter-se imparcial e equidistante às partes, a aparência de imparcialidade é inevitavelmente abalada. A postura ativa em matéria probatória é, *per si*, incompatível com a atividade de julgar de modo imparcial. O juiz equidistante às partes e o juiz que determina a produção de certa prova são figuras opostas, conceitos abstratos completamente incompatíveis entre si.

Não há como concluir que a realização da audiência de instrução e julgamento criminal estando ausente o órgão acusatório, titular da ação, seja conforme os preceitos constitucionalmente elencados, os quais procuram estabelecer, efetivamente, um sistema persecutório de índole acusatória. A prática, que se perpetua no Judiciário pátrio em função de razões operacionais, vulnera, sobremaneira, o sistema de garantias individuais previsto pela Constituição de 1988, atacando a própria teleologia do Processo Penal, esvaziando de sentido a atividade jurisdicional.

O manuseio do sistema de nulidades acaba, assim, servindo a pretensões punitivistas que comprometem a forma em função de garantir a condenação. Conceitos como “prejuízo” ou

“finalidade do ato” conferem a quem deles se utiliza ampla margem retórica a justificar uma gama de decisões em sentido diverso, adentrando-se em terreno de indesejável insegurança.

A epistemologia da incerteza e o risco inerente à atividade processual fazem com que a única garantia dada a quem integra a relação processual seja justamente aquela que brota do respeito ao regramento estabelecido pelo legislador. A forma dos atos processuais serve à tutela de determinado princípio constitucional, devendo-se, perante a violação de determinada norma legal, perquirir se eficácia do princípio constitucional por ela ventilado foi tolhida. A partir dessa premissa deve ser pensado o sistema de nulidades⁵².

A figura de uma audiência de instrução e julgamento criminal sem a presença de membro do *Parquet* se mostra bastante elucidativa, levando à inevitável conclusão de que é necessário o reconhecimento da nulidade do ato e de todo o caminhar subsequente da atividade processual. Não se encontra presente o titular da ação. O juiz passa, assim, a exercer, simultaneamente, as funções de julgador e acusador, ocorrendo justamente aquilo que se procurou evitar quando da “fabricação” do Ministério Público.

Tal prática gera uma confusão de imagens que coloca o acusado em posição delicada. Como se comportar perante o juiz que faz as vezes de acusador, atuando em busca do revelar de uma verdade construída antecipadamente em seu âmago? Como lidar com o juiz inquisitorial que de tudo fará para encontrar um culpado para determinado fato típico ocorrido de materialidade comprovada?

O argumento de que eventual ausência do Ministério Público quando da realização da audiência só a este poderia gerar prejuízo é falacioso, chegando a indignar os interlocutores da preposição. Não se trata de uma lide civil em que estão em jogos interesses privados e disponíveis. Trata-se de um processo penal, que precisa ser pensado de acordo com suas categorias próprias. O órgão acusador existe, primordialmente, para garantir que o acusado veja, em pessoas distintas, o Estado-juiz e o Estado-acusador. De que adianta a existência de uma separação formal se há a cumulação das figuras quando da realização do ato mais importante da instrução processual? O exercício da jurisdição resta inevitavelmente acometido, esvaziado de sentido.

É preciso que a Jurisprudência alinhe seu entendimento aos postulados constitucionais e aos princípios que orientam um estado democrático de direito, colocando-os acima de razões de

⁵² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Págs. 947 e 948.

conveniência operacional. Não se nega que a realidade fática do Judiciário brasileiro seja caótica, com um volume de processos que ultrapasse o limite do absurdo. No que toca à seara criminal, contudo, encontram-se em jogo garantias individuais caras a um regime democrático, as quais não podem ser vilipendiadas na busca pela eficiência quando da condução do processo.

Evidente que não pode se dar a realização da audiência de instrução criminal se ausente o titular da ação. A conivência para com a prática atinge as bases da atividade processual, esvaziando de sentido o exercício da jurisdição. É necessário que os julgadores interpretem a legislação infraconstitucional em consonância com o vetor axiológico máximo que é a Constituição e, para além disso, urge-se que se promulgue novo regramento processual penal em consonância com os dizeres constitucionais, superando-se a disciplina atual engendrada em sistema de cunho totalitário simpático aos preceitos inquisitoriais.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba/PR, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, Brasília/DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.
- GALINDO, Bruno. **A imparcialidade e sua imagem**: uma preocupante despreocupação no judiciário brasileiro. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/05/03/a-imparcialidade-e-sua-imagem-uma-preocupante-despreocupacao-no-judiciario-brasileiro/>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, págs. 143-165, 2015.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades**: processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. 637 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de pós-graduação em Direito, setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v.2.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ROSA, Karine Azevedo Egypto. **A inconstitucionalidade da disposição cênica das salas de audiência e tribunais brasileiros**. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4227/a-inconstitucionalidade-disposicao-cenica-salas-audiencias-tribunais-brasileiros-incons>. Acesso em 02 de outubro de 2019.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

ZACLIS, Daniel. **A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do ‘pas de nullité sans grief’ no âmbito do processo penal brasileiro.** 2015. 199 f. Tese (Mestrado em direito processual penal) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.