



Apelação Criminal Nº 1.0000.23.002111-5/001

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS – PRELIMINAR DE NULIDADE – AUSÊNCIA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO – PROTAGONISMO DO JUÍZO NA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS - VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO E AO DISPOSTO NO ART. 212, CAPUT, PRIMEIRA PARTE E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PREJUÍZO DEMONSTRADO - PRELIMINAR ACOLHIDA. 01. Com a reforma do Código de Processo Penal realizada por meio da Lei 11.690/2008, a atuação do juiz, na audiência de instrução, passou a ser complementar, objetivando sanar “*pontos não esclarecidos*”. 02. Em razão de ausência justificada do *Parquet* à audiência de instrução, duas soluções se mostram viáveis ao juízo de primeiro grau: a) suspender a audiência e marcar uma nova data; ou b) dar a palavra à defesa para suas perguntas e, de forma complementar, inquirir as testemunhas, no objetivo de sanar “*pontos não esclarecidos*”. 03. Ao tomar para si o protagonismo da audiência, iniciando e formulando as perguntas de forma principal – e não complementar – a magistrada de piso acabou por violar o sistema acusatório e o disposto no art. 212, *caput*, primeira parte e parágrafo único, do Código de Processo Penal. 04. Se a condenação se lastreou, primordialmente, nos elementos colhidos na audiência de instrução, resta demonstrado o prejuízo suportado pela defesa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0000.23.002111-5/001 - COMARCA DE LUZ - APELANTE(S): ----- CORREA LARA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO - MPMG

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em **ACOLHER A PRELIMINAR DE NULIDADE.**

DES. FORTUNA GRION RELATOR

DES. FORTUNA GRION (RELATOR)

VOI O



Apelação Criminal Nº 1.0000.23.002111-5/001

O Ministério Público denunciou -----
-----, nascido no dia 06/06/2000 e já qualificado nos autos, como incurso nas iras dos **arts. 33, caput, c/c 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06**, isso porque teria ele – *no dia 02/06/2021, por volta das 15h:50min., na Rodovia BR 262, zona Rural do Município de Luz/MG* – sido surpreendido transportando, em unidade de desígnios com o adolescente -----, para fins de mercancia, **47,38 gramas de crack**, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Descreve a denúncia:

Conforme restou apurado, no dia 2 de junho de 2021, ----- e o menor ----- estiveram na cidade de Bom Despacho/MG, onde o denunciado adquiriu cerca de 47,38g de "crack" de traficante cuja identidade não restou esclarecida.

Uma vez concluído o negócio, ----- assumiu a condução de uma motocicleta, tendo -----ocupado a garupa, e, na posse da droga, ambos seguiram para a cidade de Luz/MG pela rodovia BR 262.

Ao aproximar-se do trevo de acesso à cidade de Luz/MG, ----- avistou os policiais -----, -----, ----- e -----, os quais, cientes que o denunciado transportava drogas — os militares receberam notícia anônima nesse sentido —, preparavam-se para abordá-lo. Na ocasião, -----, seguindo as ordens de -----, saltou da motocicleta com o "crack" e embrenhou-se no matagal próximo, enquanto o denunciado conseguiu escapar.

-----, durante a fuga, lançou ao solo o "crack" que levava, sendo, pouco depois, alcançado pelos policiais militares, os quais,



Apelação Criminal Nº 1.0000.23.002111-5/001

após busca no local, encontraram o entorpecente que o menor descartou.

Tem-se, por fim, que o "crack" em questão, cujo uso é proibido no Brasil, destinava-se à venda, porquanto, além da substancial quantidade recolhida (47,38g) ser compatível com o tráfico, as Polícias Militar e Civil detinham, à época, informações — comunicações prestadas por pessoas que, por temerem retaliações, optaram por não se identificar — de que ----- comercializava drogas na cidade de Luz/MG com o auxílio de menores. [...]

Após a instrução probatória, foi o réu **condenado** como incurso nas iras do **art. 33, caput, c/c art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06**, tendo sido submetido às penas: **privativa de liberdade de 05 anos e 10 meses de reclusão**, a ser cumprida no **regime inicialmente semiaberto**, e **pecuniária de 550 dias-multa**, de valor unitário mínimo legal (doc. de ordem nº 97).

Inconformada, apelou a defesa (doc. de ordem nº 102), buscando, em suas razões recursais (doc. de ordem nº 128), **preliminarmente**, a nulidade da audiência de instrução, face à ausência do Ministério Público ao ato, argumentando que o juízo de primeiro grau, ao inquirir as testemunhas atuou em substituição ao órgão acusador, violando o disposto no parágrafo único do art. 212 do CPP, que —*autoriza o juiz a proceder à inquirição de forma complementar, mas nunca a atuar em substituição ao órgão da acusação*—. No **mérito**, busca a absolvição de seu assistido, por insuficiência de prova, ou a desclassificação para o crime de posse de entorpecente para uso próprio. Pede, por fim, a isenção das custas processuais.

O Ministério Público, em contrarrazões, manifestou-se



Apelação Criminal Nº 1.0000.23.002111-5/001

pela rejeição da preliminar e desprovimento do recurso (doc. de ordem nº 132).

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de fl. 01-08, opinou pela rejeição da preliminar arguida e não provimento do apelo (doc. de ordem nº 135).

É, no essencial, o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

DA QUESTÃO PRELIMINAR.

Conforme visto, busca a defesa, *preliminarmente*, a nulidade do feito desde a audiência de instrução processual, por violação ao sistema acusatório.

Sustenta a defesa, em síntese, que o juízo de primeiro grau, ante a ausência do Ministério Público, substituiu o *Parquet* na formulação de perguntas, ofendendo ao sistema acusatório e o disposto no parágrafo único do art. 212 do Código de Processo Penal, que —***autoriza o juiz a proceder à inquirição de forma complementar, mas nunca a atuar em substituição ao órgão da acusação***”

Com razão a defesa.

O Ministério Público deixou de comparecer, justificadamente, à audiência de instrução, conforme registrado em ata (doc. de ordem nº 92).



Apelação Criminal Nº 1.0000.23.002111-5/001

Não obstante, a juíza a *quo* entendeu por bem realizar o ato, iniciando a formulação de perguntas às testemunhas, tarefa reservada às partes.

In haec specie, não se pode falar em preclusão, porquanto a defesa do increpado protestou, no curso da audiência, quanto ao protagonismo da juíza na condução do feito, nos seguintes termos:

[...] **Advogado:** Exa., pela ordem, é só um ponto, é..., a Sra. está fazendo perguntas no lugar do Ministério Público, assim?

Juíza: Dr., o Ministério Público está com ausência justificada a essa audiência, Dr., por isso que quem está realizando as perguntas sou eu. Vai constar em ata, ele apresentou justificativa para a ausência da promotoria hoje, Dr..

Advogado: Ta ok. Só pra constar isso e o protesto da defesa, que entende que isso fere a imparcialidade do magistrado da condução do processo.[...] – Pje mídias- a partir de 09

Ora, desde a reforma do Código de Processo Penal por meio da Lei 11.690/2008, a atuação do juiz, na audiência de instrução, passou a ser complementar, objetivando sanar —pontos não esclarecidos”.

É o que dispõe expressamente o art. 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal:



Apelação Criminal Nº 1.0000.23.002111-5/001

Art. 212. **As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha**, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. **Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.**

Sobre o caráter subsidiário da inquirição de testemunhas

pelo juízo, os ensinamentos do doutrinador Renato Brasileiro de Lima, em sua obra *Manual de Processo Penal*:

—Esse novo regramento vem, ademais, ao encontro do sistema acusatório adotado no ordenamento pátrio (CF, art. 129, inciso I), **deixando a cargo das partes a primazia da produção da prova, sem olvidar da iniciativa probatória do juiz, a ser exercida de maneira subsidiária, para complementar a prova e dirimir dúvida sobre pontos relevantes.** Além de contribuir para uma apuração mais correta dos fatos delituosos e atestar a correção do debate dialético entre as partes, a adoção desse método de exame direto e cruzado serve igualmente à legitimação das decisões. De mais a mais, **não se pode esquecer que uma das grandes diretrizes da reforma processual penal de 2008 é o prestígio do sistema acusatório, por meio do qual se valoriza a imparcialidade do juiz, que deve ser o destinatário da prova, e não seu produtor, na feição inquisitiva.**[...] || (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8.ed. Salvador: Jus poivm, 2020. p. 777.)

No caso vertente, em razão da ausência do *Parquet* duas



Apelação Criminal Nº 1.0000.23.002111-5/001

soluções se mostrariam viáveis à magistrada singular: i) suspender a audiência e marcar uma nova data; ou ii) dar a palavra à defesa para suas perguntas e, de forma complementar, no objetivo de sanar pontos não esclarecidos, inquirir as testemunhas.

Ao tomar para si o protagonismo da audiência, iniciando e formulando as perguntas de forma principal – e não complementar – a magistrada de piso acabou por violar o sistema acusatório, conforme bem destacou a combativa defesa em suas razões recursais.

Registro, ainda, que o prejuízo, em hipóteses como a dos autos, é presumido, porquanto o édito condenatório se lastreou em elementos colhidos no curso da referida instrução.

Este é, inclusive, o recente entendimento do colendo **Superior Tribunal de Justiça**, como se vê dos seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI 201/67. ALEGAÇÃO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEFICIENTE EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA. TESE DE NULIDADE. INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. SUPORTE NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. **TESE DE NULIDADE POR OFENSA AO ART. 212 DO CPP. INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS PELO JUIZ, DIANTE DA AUSÊNCIA DO MEMBRO DO PARQUET EM AUDIÊNCIA.**



PREJUÍZO DEMONSTRADO.
DETERMINADO O RETORNO DOS AUTOS PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PREJUDICADA A ANÁLISE DOS DEMAIS PLEITOS DEFENSIVOS. [...] 7. **O fato de o Ministério Público não ter comparecido à audiência de instrução não dá, à autoridade judicial, a liberdade de assumir a função precípua do Parquet.** 8. **Em face da repreensível ausência do Parquet, que, sem qualquer justificativa, acarretou a contaminação do bom andamento do processo, o órgão julgador deveria prosseguir a audiência sem as perguntas acusatórias ou, então, suspender a audiência e marcar uma nova data.** 9. O Magistrado, no caso concreto, [...], agiu em substituição à produção probatória que compete às partes, inquirindo diretamente os depoentes, violando o devido processo legal e o sistema acusatório. [...] Assim, deve ser reconhecida a nulidade da colheita probatória realizada em desacordo com o art. 212 do Código de Processo Penal, bem como devem ser desentranhados e renovados os atos processuais contaminados, notadamente os interrogatórios dos Réus, meio de defesa realizado ao final da instrução, e as alegações finais, que foram produzidas consoante os elementos probatórios então constantes nos autos [...] (AgRg no HC n. 708.908/RS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 3/10/2022). 10. **Resta evidenciado o prejuízo, pois a sentença considerou fundamentos extraídos da referida audiência ao lastrear o édito condenatório.** 11. Na hipótese em exame, inexistem as omissões indicadas nos embargos de declaração; o que há é decisão contrária aos interesses da parte, visto que foi explicitamente afirmado que **a Juíza, ao iniciar os questionamentos e formular a maioria das perguntas, assumiu o protagonismo na inquirição de testemunhas, em patente violação ao art. 212 do CPP, sendo**



Apelação Criminal Nº 1.0000.23.002111-5/001

presumido o prejuízo sofrido pela defesa
(EDcl no HC n. 741.725/RS, Ministro Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, DJe de 27/10/2022).
12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para reconhecer a nulidade do art. 212 do Código de Processo Penal, determinando o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito. (REsp n. 1.846.407/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 27/12/2022.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÕES DE OMISSÃO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 619 DO CPP. **NULIDADE POR OFENSA AO ART. 212 DO CPP. OCORRÊNCIA. PREJUÍZO PRESUMIDO.** PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DO DECISUM. INVIABILIDADE. 1. Na hipótese em exame, inexistem as omissões indicadas nos embargos de declaração; o que há é decisão contrária aos interesses da parte, visto que foi explicitamente afirmado que a Juíza, **ao iniciar os questionamentos e formular a maioria das perguntas, assumiu o protagonismo na inquirição de testemunhas, em patente violação ao art. 212 do CPP, sendo presumido o prejuízo sofrido pela defesa.** 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no HC n. 741.725/RS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe de 27/10/2022 – grifo nosso).

Assim também tem decidido o **Supremo Tribunal Federal**, conforme se pode aferir do seguinte julgado:

Ementa: HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO QUE FIGURA COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.



POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE
FLAGRANTE VERIFICADA NO CASO
CONCRETO. ATUAÇÃO DO JUIZ E ORDEM
DE
INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. ART. 212
DO CPP. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA
APTA A AFASTAR A INCIDÊNCIA DE
NORMA COGENTE E DE APLICABILIDADE
IMEDIATA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL. ATUAÇÃO
ATIVA E DE PROTAGONISMO
DESEMPENHADA PELO JUÍZO A QUO NA
INQUIRÇÃO DE
TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. AFRONTA
AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO.
COMPROMETIMENTO AO *ACTUM TRIUM
PERSONARUM*. UTILIZAÇÃO DE
DEPOIMENTOS COLHIDOS EM
DESCOMPASSO COM A LEGISLAÇÃO DE
REGÊNCIA PARA FUNDAMENTAR O
DECRETO CONDENATÓRIO. PREJUÍZO
DEMONSTRADO. RÉU CUSTODIADO EM
DECORRÊNCIA DE SENTENÇA ORA
REPUTADA NULA. RESTITUIÇÃO AO
STATUS LIBERTATIS QUE SE IMPÕE.
ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA



RECONHECER A NULIDADE DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA A PARTIR DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E DETERMINAR A IMEDIATA SOLTURA DO

PACIENTE . 1. A Constituição Federal de 1988, ao atribuir a privatividade da promoção da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I); ao assegurar aos ligantes o direito ao contraditório e à ampla defesa e assentar o advogado como função essencial à Justiça (art. 5º, LV e 133); bem como, ao prever a resolução da lide penal, após o devido processo legal, por um terceiro imparcial, o Juiz natural (art. 5º, LIII e LXI; 93 e seguintes), consagra o sistema acusatório. 2. A separação entre as atividades de acusar e julgar não autoriza que o juiz, em substituição ao órgão de acusação, assumira papel ativo na produção probatória, sob pena de quebra da necessária imparcialidade do Poder Judiciário. 3. O processo penal é instrumento de legitimação do direito de punir do Estado e, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário o respeito à legalidade estrita e às garantias fundamentais. 4. **No que tange à oitiva das testemunhas em audiência de instrução e julgamento, deve o magistrado, em atenção ao art. 212 do CPP, logo após a qualificação do depoente, passar a palavra às partes, a fim de que produzam a prova, somente cabendo-lhe intervir em duas hipóteses: se evidenciada ilegalidade ou irregularidade na condução do depoimento ou, ao final, para complementar a oitiva, se ainda existir dúvida - nessa última hipótese sempre atuando de forma supletiva e subsidiária (como se extrai da expressão “poderá complementar”).** 5. A redação do art. 212 é clara e não encerra uma opção ou recomendação. Trata-se de norma cogente, de aplicabilidade imediata, e portanto o seu descumprimento pelo magistrado acarreta nulidade à ação penal correlata quando demonstrado prejuízo ao acusado. 6. A



Apelação Criminal Nº 1.0000.23.002111-5/001

demonstração de efetivo prejuízo no campo das nulidades processuais penais é sempre prospectiva e nunca presumida. É dizer, não cabe ao magistrado já antecipar e prever que a inobservância a norma processual cogente gerará ou não prejuízo à parte, pois desconhece quo ante a estratégia defensiva. 7. **Demonstrado, no caso dos autos, iniciativa e protagonismo exercido pelo Juízo singular na inquirição das testemunhas de acusação e verificado que foram esses elementos considerados na fundamentação do decreto condenatório, forçoso reconhecer a existência de prejuízo ao acusado.** 8. **O Juízo a quo ao iniciar e questionar detalhadamente a testemunha de acusação, além de subverter a norma processual do art. 212 do CPP, violando a diretiva legal, exerceu papel que não lhe cabia na dinâmica instrutória da ação penal, comprometendo o actum trium personarum, já que a “separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional” é consectário lógico e inafastável do sistema penal acusatório** (ADIMC 5.104, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21.5.2014). 9. Habeas corpus concedido de ofício a fim de reconhecer a nulidade da ação penal originária a partir da audiência de instrução e julgamento e, como consequência, restituir a liberdade ao acusado, a fim de que responda solto à instrução da ação penal que deverá ser renovada. (HC 202557 / SP – SP, Relator Min. EDSON FACHIN, 2ª T., Julgamento: 03/08/2021, Publicação: 12/08/2021)

Face ao exposto, o processo deve ser anulado desde a audiência de instrução constante da ata aninhada no doc. de ordem nº 85.



Apelação Criminal Nº 1.0000.23.002111-5/001

Tudo visto e examinado, **ACOLHO A PRELIMINAR para anular o processo desde a audiência de instrução inserta no doc. de ordem nº 85, devendo ser repetido o ato processual, prosseguindo a ação penal nos demais termos até sentença.**

Custas pelo Estado.

E NULIDADE

DESA. MARIA LUÍZA DE MARILAC (REVISORA) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "ACOLHERAM A PRELIMINAR"