

# ANÁLISE SOBRE A INVERSÃO DA ORDEM DAS PERGUNTAS NO PROCESSO PENAL: NULIDADE ABSOLUTA OU RELATIVA

**Marcelo Augusto Alves Teixeira**  
Graduado em Direito pelo UNIFOR-MG  
**Altair Resende de Alvarenga**  
Docente do curso de Direito do UNIFOR-MG

## RESUMO

O presente artigo busca analisar a controvérsia processual existente tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca da nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal dada pela Lei nº 11.690/08, que trata das perguntas dirigidas às partes em processos criminais. A controvérsia baseia-se em discutir se a inversão na ordem das perguntas no processo penal dá causa a nulidade absoluta ou relativa. Para tanto, há de se considerar princípios importantes tais como o do contraditório, da ampla defesa, da verdade real e da economia processual. Tal análise leva em consideração ainda os sujeitos da relação processual (Juiz, Ministério Público, Acusado e Defensor) e um estudo aprofundado da prova nos procedimentos penais, dentre elas uma das mais importantes, a prova testemunhal. Através das pesquisas que foram desenvolvidas, busca-se apresentar ao leitor, alicerces suficientes, que lhe dêem subsídios que possa fazê-lo se posicionar e emitir sua própria opinião acerca do assunto em questão.

**Palavras-Chave:** Processo Penal. Ação Penal. Princípios. Testemunhas. Nulidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa abordar sobre a ordem das perguntas dirigidas às partes no Processo Penal Brasileiro após a entrada em vigor da Lei nº 11.690/08, que deu nova redação ao art. 212 do CPP e que teria abolido, em tese, o sistema presidencialista de perguntas às partes.

Primeiramente, será necessário esclarecer sobre o que é o processo penal com conceitos trazidos pela doutrina, bem como a sua finalidade principal de dar solução jurisdicional adequada ao conflito entre as partes.

Em seguida, haverá a conceituação da Ação Penal e seu respectivo fundamento constitucional, ou seja, a sua previsão legal e a visão da doutrina brasileira.

O próximo capítulo é importante, posto que informa quais são os sistemas vigentes em nosso processo penal, tais como o inquisitivo, acusatório ou o misto, sendo que tais conceitos são de suma importância para uma opinião sobre o tema central do presente artigo.

Na sequência, o capítulo de número cinco, demonstra quais são as partes, os sujeitos do processo penal, entre eles o Juiz, passando ainda pelo Ministério Público, Acusado e o Defensor, personagens centrais deste artigo.

O sexto capítulo chama a atenção porque traz ao leitor, os princípios que regem o processo

penal brasileiro, não todos é verdade, porém, de suma importância para uma melhor compreensão do tema proposto, valendo citar que será abordado o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a publicidade, a igualdade processual e a economia processual.

No sétimo capítulo, o leitor terá a oportunidade de conhecer como se dá a prova no processo penal brasileiro, sendo que para tanto há o conceito de vários doutrinadores, e para facilitar a compreensão do tema, o leitor terá a oportunidade de conhecer os meios de prova existentes, tais como o interrogatório e uma das mais importantes, a prova testemunhal.

Por sua vez, o oitavo capítulo versa sobre um dos principais temas deste trabalho: as nulidades. Sem este capítulo, o leitor teria dificuldades em compreender o tema proposto, de vez que, além de conceituá-lo, houve um desdobramento de como elas ocorrem, comparando a nulidade relativa com a absoluta e os princípios norteadores das nulidades.

O tema central encontra-se no nono capítulo, porém, sem a leitura atenta dos capítulos antecedentes, posto que no tema central, os capítulos das partes processuais, dos princípios do processo penal, da prova e das nulidades são de suma importância, para que o tema central possa ser compreendido de maneira mais fácil, eis que é o conjunto de todos estes que baseiam o presente artigo.

## **2 PROCESSO PENAL: CONCEITO**

Conceituando de maneira mais geral, Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>1</sup> apud Capez (2006, p. 1), afirmam que "*chama-se direito processual o conjunto de normas e princípios que regem (...) o exercício conjugado da Jurisdição pelo Estado-Juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado*".

Já trazendo a definição para o nosso interesse, conforme ensinamento de Capez, que afirma que direito processual penal "*é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo*". (CAPEZ, 2006, p. 1).

Por fim, na definição de José Frederico Marques Apud Capez (2006, p. 20),

“é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares.”

---

<sup>1</sup>CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 41.

## **2.1 Finalidade do Processo Penal**

A finalidade do processo, nada mais é, do que a de propiciar a adequada solução jurisdicional existente no conflito de interesses entre o Estado e o infrator, sendo que tal solução se verifica através de uma sequência de atos que compreendam a formulação da acusação, a produção das provas, o exercício da defesa, e por fim, o julgamento da lide.

## **3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA AÇÃO PENAL**

A Constituição da República dispõe, em seu art. 5º, inciso XXXV, que a "*lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*", ou seja, a Constituição assegura a todo indivíduo a possibilidade de reclamar do juiz a prestação jurisdicional toda vez que se sentir ofendido ou ainda ameaçado.

Já o inciso LIX, do mesmo artigo constitucional assegura que "*será admitida ação privada de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal*", demonstrando com isso que apesar de pertencer ao Ministério Público a titularidade, quando se fala em crime, nada mais natural que quando o Estado for omissivo, nesse particular, o cidadão ofendido possa buscar no Judiciário uma maneira de ver resguardados os seus direitos, eis que é vedado em nossa legislação a autodefesa e a autocomposição.

### **3.1 Conceito de Ação Penal**

Na lição de Capez (2006), o conceito de ação penal seria nada menos do que o direito do cidadão pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um determinado caso, complementando o ensinamento, quando afirma que é também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de requisitar àquele a aplicação do direito penal objetivo, com o fim de uma satisfação da pretensão punitiva.

## **4 SISTEMAS DE PROCESSO PENAL**

### **4.1 Inquisitivo**

Para Nucci (2007) esse sistema tem como sua principal característica que o julgador tenha poderes concentrados, bem como exerce ainda a função de acusador, sendo que o debate oral entre as partes não existe, havendo predominância da prova escrita. Ressalte-se que nesse sistema, a confissão do réu é considerada a rainha das provas, razão pela qual os princípios do contraditório e da ampla defesa não existem.

Ainda sobre o tema, Fernando Capez ensina que o sistema inquisitivo é:

Sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão. (CAPEZ, 2006, p. 46).

## **4.2 Acusatório**

A maioria da doutrina costuma separar este sistema, do sistema visto anteriormente, pela titularidade atribuída ao órgão da acusação, porém, este sistema, o acusatório, conforme ensina Capez (2006) é o contrário do inquisitivo, porque é contraditório, público, imparcial, assegura o exercício da ampla defesa, e mais, distribui as funções de acusar, defender e julgar.

Assim, o sistema acusatório está de acordo com os ditames constitucionais, visto que, pressupõe as seguintes garantias: da tutela jurisdicional (art. 5º XXXV) do devido processo legal (art. 5º, LVI) da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII) e da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) sendo que para Fernando Capez é este o sistema que vige entre nós.

## **4.3 Misto**

Teria surgido após a Revolução Francesa e acabou unindo as características dos dois sistemas anteriormente analisados, o que conseqüentemente acabou por dividir o processo em duas grandes fases: a da instrução preliminar, com as características presentes no sistema inquisitivo, tais como ser escrito e sem contraditório, e a fase de julgamento, que possui características distintas, quais sejam a da oralidade, publicidade, contraditório, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas.

Para Nucci:

O sistema adotado no Brasil [...] é o misto. Registremos [...] que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no

texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva [...]. não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje" (NUCCI, 2007, p. 104).

Rebatendo tais afirmações, Oliveira é enfático ao afirmar que:

A doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo brasileiro [...] como um sistema de natureza mista, isto é, com feições acusatórias e inquisitoriais. [...] alegam que a existência de inquérito policial na fase pré-processual já seria [...] indicativo de um sistema misto; outros [...] apontam determinados poderes atribuídos aos juízes no CPP. No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E [...] inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual [...], portanto, pode-se qualificar o processo penal brasileiro como um modelo de natureza acusatória. (OLIVEIRA, 2008, p. 11/12).

## 5 SUJEITOS DO PROCESSO

### 5.1 Juiz

De acordo com a lição de Fernando Capez (2006), o juiz não é considerado sujeito na relação entre as partes em um processo visto que o mesmo atua em nome do Estado-Juiz, devendo atuar como um sujeito imparcial, eis que tem a função de realizar, de forma pacífica, o direito material penal, que como sabido, não pode ser voluntariamente aplicado pelas partes.

Na forma do que dispõe o art. 251 do Código de Processo Penal, o juiz possui dupla função dentro da relação processual, valendo citar sua redação: "*Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública*".

Na lição de Fernando Capez:

Poderes-meios, dentro dos quais se encontram os ordinatórios, consistentes em conduzir a sequência dos atos processuais até a sentença, sem a ocorrência de vícios que inquinem de nulidade o processo (designação de audiências, determinação do encerramento da instrução criminal [...]) assegurando às partes igualdades de tratamento, valendo pela rápida e eficaz solução do litígio [...] e os instrutórios, destinados a colher o material para a formação da sua convicção, podendo determinar até mesmo ex-officio, a realização de diligências. (CAPEZ, 2006, p. 170).

### 5.2 Ministério Público

Fernando Capez (2006) preconiza que este órgão é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático

e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme dispõe o art. 127 da Constituição da República. O referido doutrinador, na mesma obra ensina que *"O Ministério Público é a instituição de caráter público que representa o Estado-Administração, expondo ao Estado-Juiz a pretensão punitiva."*

### **5.3 Acusado**

É a parte passiva na relação processual. Na fase de inquérito, no entanto, sua denominação muda para *indiciado*, eis que ainda é considerado suspeito pelo Estado. Porém, no momento em que a denúncia é oferecida, a terminologia muda, sendo o correto, passar a denominá-lo de denunciado ou imputado. Após o recebimento da denúncia, torna-se acusado ou réu. Tratando-se de queixa, denomina-se querelado.

Por fim, os dados individualizantes da pessoa que deverá constar na denúncia são: o nome, o prenome, o estado civil, a profissão, a filiação, o apelido, a residência e a cidade, sendo que caso não seja possível a reunião de tantos elementos, o Código de Processo Penal permite ao Ministério Público e ao querelante fazerem-no por meio de outras características, desde que idôneas que os distingam de seus pares.

### **5.4 Defensor**

Deve ser sempre advogado o defensor do réu, já que, segundo dispõe o art. 133 da Constituição da República, o advogado é *"indispensável à administração da justiça"* e, conforme estabelecido na Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), *"é atividade privativa da advocacia: a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais"*.

Com o fito de reforçar esse conceito, Guilherme de Souza Nucci sedimenta que o defensor:

Deve sempre, como representante que é do acusado, este sim, parte passiva na relação processual, buscar decisão favorável ao seu constituinte (art. 2º, §2º). Note-se que o defensor não é parte, nem consorte necessário com o réu. Para o fiel exercício de seu mandato, fazendo-o com liberdade. (NUCCI, 2007, p. 511).

## **6 PRINCÍPIOS**

### **6.1 Contraditório**

Conforme lição de Moraes (2006), este princípio, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, possui uma ligação estreita com o princípio da igualdade das partes e o do direito de ação, visto que o texto constitucional, quando garante aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que ambos os direitos são manifestações do princípio do contraditório.

Antônio Scarance Fernandes<sup>2</sup> apud Rangel afirma que:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-las. (RANGEL, 2009, p. 17).

Por fim, este princípio caracteriza-se então, trazendo à baila a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho (1997) como a garantia fundamental de imparcialidade, legitimidade e correção da prestação jurisdicional, valendo lembrar que o diálogo travado entre as partes anteceda ao pronunciamento estatal, senão a decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta; poderá ser um ato de autoridade, jamais uma verdadeira justiça.

## **6.2 Ampla defesa**

Na feliz definição de Alexandre de Moraes, ampla defesa nada mais é do que: "*o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se*". (MORAES, 2006, p. 93).

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, eis que julgando o Habeas Corpus nº 82.672/RJ, o Ministro Relator Marco Aurélio deixou assentado que a manifestação da defesa seja ela por defensor público ou dativo, quando limitada ao pedido de condenação no mínimo legal, é causa de nulidade do processo, exatamente por ausência de defesa efetiva.

## **6.3 Devido processo legal**

Para Nucci (2007, p. 90) este princípio "*é, sem dúvida, o aglutinador dos inúmeros princípios processuais penais (art. 5º, LIV, CF)*", porque é perseguido pelo Estado Democrático de Direito, eis que através dele é que se faz valer os direitos e garantias humanas fundamentais. Se esses

---

<sup>2</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 61.

forem assegurados, o desenrolar da ação penal se faz de maneira tranquila e sem qualquer tipo de violência ou constrangimento ilegal.

Não pode haver devido processo legal se a prova for colhida por meio ilícito, ou seja, se ao réu não for concedida a indispensável ampla defesa ou ainda se o processo transcorrer de forma sigilosa, sem qualquer justificativa etc. Por isso, cumprir fielmente os demais princípios e regras processuais penais consagra o devido processo legal.

#### **6.4 Igualdade processual**

De forma simples (Capez 2006) esclarece que este princípio é o desdobramento daquele consagrado na Constituição da República, mais precisamente no *caput* do art. 5º, de que todas as pessoas são iguais perante a lei. Por isso, em juízo, as partes devem ter também as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões e, claro, serem tratadas de forma igualitária, na medida de suas desigualdades e desigualmente na proporção de suas desigualdades, valendo lembrar que no processo penal, este princípio sofre ligeira atenuação, face o princípio do favor rei, segundo o qual o interesse do acusado tem alguma prevalência em contraste com a pretensão punitiva.

Tendo em vista o enfoque constitucional acima exposto, vale citar então a lição de Alexandre de Moraes (2006, p. 31), que define o princípio da igualdade, trazido pela Constituição da República, da seguinte maneira: *"o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça"*.

#### **6.5 Economia processual**

Princípio importante, visto que quando da análise do tema nos será útil e, para defini-lo, colhe-se outra vez mais a doutrina de Fernando Capez que afirma:

O processo é instrumento, não se podendo exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em plena disputa. Exprime a procura da máxima eficiência na aplicação do direito, com o menor dispêndio de atos processuais possível. No processo penal, não se anulam atos imperfeitos quando não prejudicarem a acusação ou a defesa e quando não influírem na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa [...] outras situações em que se aplica o princípio são: a reunião de provas conexos ou em relação de continência, a reconvenção, a ação declaratória incidental, o litisconsórcio etc. (CAPEZ, 2006, p. 25).

Na mesma linha de raciocínio Nucci (2007) aduz que é incumbência do Estado procurar desenvolver todos os atos processuais no menor tempo possível, assim, o mesmo dá à ação criminosa



uma resposta rápida, poupando então tempo e recurso das partes.

## **7 PROVA**

### **7.1 Teoria da prova**

O juiz, ao julgar, quer saber o que houve, além do presente, no passado da pessoa a quem se julga, e o que haverá em seu futuro, ou seja, se ele cometeu ou não um certo delito e se uma certa pena valerá ou não para repreendê-lo e prevenir uma eventual reincidência. Para tanto, o juízo é, em definitivo, uma espécie de salto além, mas para saltar é necessário algo firme sob os pés e isto se faz referência quando se fala em provas.

Francesco Carnelutti ensina-nos que:

[...] as provas são objetos; e posto que o objeto é sempre o resultado de uma observação da realidade, isto basta para deduzir dele (objeto) que a prova é feita para ser observada, cuja observação, quando se trata dos atos do processo [...] se chama inspeção e que tem uma importância de primeiro plano na técnica processual. (CARNELUTTI, 2005, p. 16).

Miguel Fenech<sup>3</sup> apud Mirabete, reforça que provar é:

Produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo. (MIRABETE, 2006, p. 249).

### **7.2 Meios de prova**

Na lição de Clariá Olmedo<sup>4</sup> apud Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 360). *"Seria o método ou procedimento pela qual chegam ao espírito do julgador os elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso"*.

#### **7.2.1 Interrogatório**

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.719, de 20/06/2008, houve importantes modificações nos procedimentos do processo penal, alterando também o interrogatório. Assim, a nova lei determina que o interrogatório do acusado somente se realizará após a apresentação da defesa escrita (art. 396 do CPP), e na audiência de instrução (art. 400 do CPP), após a inquirição do

---

<sup>3</sup> Miguel Tenech. *El proceso penal*. 4 ed., Madri: Agesa, 1982, p. 107.

<sup>4</sup> Olmedo. *Tratado de derecho procesal penal*, v. 1. p. 448.

ofendido, se possível, das testemunhas de defesa e acusação, nesta ordem, e até mesmo dos eventuais esclarecimentos dos peritos, acareações e demais diligências que devam ser ali realizadas. Agora, o interrogatório é o último ato da audiência de instrução e não mais o primeiro.

### **7.2.2 Prova testemunhal**

A testemunha nada mais é do que a pessoa que declara ter conhecimento de algo, podendo confirmar a ocorrência de um determinado fato, agindo sob o compromisso de estar sendo imparcial e dizendo a verdade, sendo utilizada no processo penal como meio de prova, tanto quanto outros elementos.

A prova testemunhal talvez seja a mais freqüentemente utilizada no processo penal. Só isso basta para que os cuidados com relação a ela sejam redobrados. O rol de testemunhas deverá constar na petição inicial (denúncia ou queixa), havendo número máximo definido nos vários procedimentos existentes (08, no rito ordinário e na fase de acusação e de instrução preliminar nos processos do Tribunal do Júri, e 05 no rito sumário e no Plenário do Tribunal do Júri).

### **7.3 Ônus da prova**

A palavra ônus vem do latim *onus, oneris*, que significa carga, peso, fardo, encargo, aquilo que sobrecarrega. Paulo Rangel (2009, p. 455) lembra que no aspecto jurídico processual, pode-se dizer que ônus "*é o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizeram em suas postulações*", sendo que diante dessa definição, o ônus da prova hoje é todo do Ministério Público, ou seja, não mais compete ao réu ter que provar sua inocência.

Para que se possa demonstrar mais uma opinião doutrinária de peso, há o ensinamento de Adalberto José Camargo Aranha<sup>5</sup> apud Paulo Rangel que leciona:

À acusação cabe o ônus de provar a existência de um fato penalmente ilícito, a sua realização pelo denunciado e a culpa (*strictu sensu*); à defesa compete demonstrar a inexistência de dolo, causas extintivas da punibilidade, causas excludentes da antijuridicidade e eventuais excludoras da culpabilidade. (RANGEL, 2009, p. 457).

## **8 NULIDADES**

### **8.1 Conceito**

---

<sup>5</sup> Adalberto José Camargo Aranha. *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 5 ed., 1999.

Antes de adentrarmos na análise deste capítulo, é necessário entender a teoria dos atos jurídicos em geral para, depois, estudarmos as conseqüências do não atendimento às formalidades legais exigidas para a sua realização. Para isso, vale a pena adotar como ponto de partida do estudo do ato jurídico, o art. 104<sup>6</sup> do Código Civil Brasileiro.

Lembrando uma vez mais a lição de Carnelutti<sup>7</sup> apud Paulo Rangel, vemos que:

Quando o ato jurídico, em particular o ato processual, está provido de todos os seus requisitos, é dito que é perfeito. À perfeição do ato, na qual se expressa a presença de todos os requisitos, opõem-se sua imperfeição, a qual se resolve, reciprocamente, na ausência de algum de seus requisitos, isto é, na presença de algum vício. Da perfeição do ato deriva sua eficácia. Da imperfeição do ato pode derivar sua ineficácia. A perfeição é conceito estático; a eficácia é conceito dinâmico; a primeira refere-se ao ser do ato, a segunda a seu operar. O ato é eficaz ou ineficaz segundo produza ou não efeitos jurídicos. (RANGEL, 2009, p. 786).

Destarte, nulidade não é o vício que macula o ato, mas, sim, a sanção que se aplica ao ato viciado, em desconformidade com a lei, eis que a nulidade é a conseqüência da prática do ato desconforme com a lei e não a desconformidade em si.

## 8.2 Nulidade absoluta ou relativa

Para facilitar o entendimento deste tema, tão relevante para este artigo, cabe fazer uma divisão entre ambas, ou seja, conceituar cada uma, separadamente. Para Capez (2006) a formalidade que foi violada não está elencada na lei, havendo então ofensa direta ao texto constitucional, mais precisamente aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, princípios que já foram conceituados anteriormente.

Grinover, Scarance e Magalhães<sup>8</sup> apud Fernando Capez (2006, p. 684) ensinam de forma ímpar: que: "*o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente da provocação da parte interessada*".

Rangel (2009) acrescentando que de tão imperfeito, tão grave é o ato que foi praticado, que a lei não permite convalidação e possui as seguintes características, as quais são abraçadas por muitos doutrinadores, quais sejam: a) pode ser decretada de ofício, independente de manifestação das partes; b) não convalida; c) para a doutrina majoritária não necessita demonstrar prejuízo; c) não se aplicam a ela os princípios do interesse e do prejuízo; d) pode ser invocada em

---

<sup>6</sup> Art. 104 do CC: A validade do negócio jurídico requer: I agente capaz; II objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>7</sup> CAMELUTTI, Francesco. **Instituições de Processo Civil**. [S.l.]: Editora Servanda, 1999. v. 1. p. 582.

<sup>8</sup> GRINOVER; SCARANCE; MAGALHÃES. **As Nulidades no Processo Penal**. p. 2.

qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição; e) se houver sentença condenatória, não é acobertada pela coisa julgada, pois pode ser objeto de revisão criminal ou habeas corpus.

Conceituada a nulidade absoluta, cabe-nos então partir rumo à conceituação da nulidade relativa. Como lembra Mirabete (2006) nem todas as nulidades tem caráter absoluto, ou seja, há vícios que não são declarados porque o que maculou o ato, não foi alegado oportunamente ou foi sanada pelas formas prescritas em lei. Portanto, esses vícios sanáveis são denominados de Nulidade Relativa.

Mais uma vez Paulo Rangel, que dessa vez ensina as características que envolvem a nulidade relativa:

A parte a quem interessa a nulidade pode abrir mão da formalidade estabelecida em lei. Somente se decreta a nulidade se houver prejuízo. Não arguida no momento oportuno, haverá a preclusão, portanto, há prazo para ser declarada. Se houver sentença (condenatória ou absolutória) e a nulidade não houver sido alegada pela parte interessada, ficará acobertada pela coisa julgada. Há convalidação (art. 572 do CPP). O princípio do interesse só se aplica à nulidade relativa (RANGEL, 2009, p. 795).

Assim, a nulidade relativa está umbilicalmente ligada ao interesse da parte, em determinado e específico processo, significando então que a aferição da utilidade de seu exercício ou do seu não exercício é deixada a livre manifestação dos interessados, não cabendo ao juiz em princípio, impor às partes a renovação do ato cuja ausência ou defeito tenha afetado seu interesse.

## **8.3 PRINCÍPIOS QUE REGEM AS NULIDADES**

### **8.3.1 Não há nulidade sem prejuízo**

Com base no princípio da economia processual, princípio este que já foi analisado anteriormente, e por outras várias razões, não se proclama a existência de uma nulidade, pura e simplesmente, refazendo o ato, o que sem qualquer dúvida gera perda de tempo e gastos materiais para as partes, caso não advenha qualquer prejuízo para as partes, é o que determina o art. 563 do Código de Processo Penal.<sup>9</sup>

Registre-se que a forma prevista em lei para a concretização de um ato processual não é um fim em si mesmo, razão pela qual, se a finalidade do ato foi atingida licitamente, inexistente razão para anular o que foi produzido, o que tem encaixe perfeito no tocante às nulidades relativas, acima analisadas, uma vez que o prejuízo, no caso das nulidades absolutas é presumido pela lei, não se admitindo prova em contrário.

---

<sup>9</sup> Art. 563 do CPP: Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

### **8.3.2 Não há nulidade provocada pela parte**

Prosseguindo nos artigos do código de processo penal, verificamos que o art. 565 preceitua que a parte não poderá arguir nulidade a que haja dado causa ou para que tenha concorrido, o que demonstra, com toda razão, que na produção da prova deve prevalecer a ética, afastando até não mais poder a má-fé.

### **8.3.3 Não há nulidade por omissão de formalidade que só interesse à parte contrária**

Noutro giro, ainda que não seja a parte causadora do vício processual, não cabe a mesma invocar a nulidade, que somente beneficiaria a outra, mormente quando esta não se interessa em sua decretação. Nucci (2007) aduz que a previsão legal está correta, uma vez que dar causa à nulidade, pretendendo que esta seja reconhecida quando não há interesse algum, seria uma forma legal para conturbar a marcha processual e não garantir o devido processo legal, valendo lembrar que tal definição se amolda às nulidades relativas, pois as absolutas, conforme já foi analisado, devem ser reconhecidas a qualquer tempo, inclusive de ofício.

### **8.3.4 A nulidade de ato processual relevante pode desencadear a dos consequentes**

Este tema tem como base o princípio da causalidade que significa que a nulidade de um ato pode ocasionar a nulidade de outros que dela decorram, o que demonstra a conexão natural dos atos realizados no processo, tanto que a doutrina as denomina de nulidade originária ou nulidade derivada.

O parágrafo primeiro do art. 573 do CPP ao utilizar o termo causará, demonstra que a nulidade de um ato deve provocar a de outros, quando estes dele dependam diretamente, ou seja, consequência natural dos vários atos processuais. Cabe então ao magistrado ou ao tribunal reconhecer a nulidade ocorrida e mencionar expressamente, todos os atos que serão renovados ou retificados, ou seja, cabe-lhe proclamar a extensão da nulidade.

## **8.4 Convalidação**

As nulidades relativas, conforme já analisamos, têm como característica o fato de se

submeterem ao prazo preclusivo, caso não sejam arguidas a tempo e modo ao pressuposto da lei de que, assim sendo, não houve prejuízo a ser sanado. Nesse sentido, Oliveira (2009, p. 682) afirma que a *preclusão é, portanto, a regra de convalidação, por excelência, dos atos processuais nulos. Estes atos serão convalidados desde que não alegados no prazo previsto em lei.*

## **9 AUDIÊNCIA**

### **9.1 Ordem da oitiva das testemunhas**

O artigo 400 do CPP dispõe sobre a audiência de instrução e julgamento, que com a entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008 é una, ou seja, toda a colheita de provas (depoimento de testemunhas de acusação, defesa, esclarecimento de peritos, interrogatório, diligências, alegações finais orais e a sentença) são todas realizadas no mesmo ato, na mesma assentada, sendo que o citado art. 400 diz que: "*a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem*".

### **9.2 O antigo e o novo sistema de inquirição das testemunhas: análise sobre a ocorrência de nulidade absoluta ou relativa**

Antes da reforma processual introduzida pela Lei nº 11.690/08, a redação do art. 212 do CPP<sup>10</sup>, enfatizava que as perguntas das partes seriam requeridas ao juiz, que as formularia a testemunha, ou seja, o juiz então iniciava a inquirição, passando, após esgotar seu leque de perguntas, a palavra as partes que fariam reperguntas à testemunha, por intermédio do juiz.

Por força da citada Lei nº 11.690/08, tal procedimento de perguntas foi extinto, sendo que no novo regime processual que foi adotado as partes podem fazer perguntas diretamente às testemunhas. Contudo, não havendo mais previsão das reperguntas por parte do juiz ele pode ainda intervir naquelas que possam induzir a resposta da testemunha, ou ainda, que não tenham relação com a causa ou mesmo que já haviam sido respondidas anteriormente. Por fim, ao juiz foi facultado o poder de complementar essa nova inquirição direta das partes sobre os pontos eventualmente não esclarecidos, conforme prevê o novo art. 212 do CPP<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Redação anterior do Art. 212 do CPP: As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem em repetição de outra já respondida."

<sup>11</sup> Nova redação art. 212 do CPP: "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

Esse novo procedimento adotado pelo legislador brasileiro trouxe para nós um pouco do *adversarial legal system*<sup>12</sup> que vigora no direito norte-americano. Nesse sistema, às partes é dado o direito de perguntas diretamente para a testemunha que arrolou o que é denominado de *direct examination*<sup>13</sup>, bem como para a testemunha arrolada pela parte contrária, chamado então de *cross-examination*<sup>14</sup>.

A primeira corrente defende que o novo dispositivo apenas define o aspecto de o juiz poder complementar a inquirição direta formulada pelas partes à testemunha. A outra, porém, interpreta que o dispositivo já estabelece a ordem de inquiridores, ou seja, o juiz agora, diferentemente do regime anterior, somente poderia fazer perguntas depois das partes e em complementação a estas.

Para ilustrar esse último entendimento - de que o juiz só poderia perguntar depois das partes - vale citar a lição Eugênio Pacelli Oliveira que afirma que:

A Lei nº 11.690/08 trouxe importante alteração no procedimento de inquirição de testemunhas. Ali se prevê que as perguntas das partes serão feitas diretamente à testemunha (Art. 212, CPP). E, mais ainda, prevê que o juiz poderá complementar a inquirição, sobre pontos eventualmente não esclarecidos (Art. 212, parágrafo único, CPP). Observa-se, então, que a medida encontra-se alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se o risco, aqui já apontado, de tornar-se o magistrado um substituto do órgão da acusação. Assim, as partes iniciam a inquirição e o juiz a encerra. (OLIVEIRA, 2009, fls. 368/371)

Assim, a doutrina acima, com a reforma processual mencionada anteriormente aduz que houve a eliminação do sistema presidencialista de inquirição das testemunhas formuladas pelas partes.

E foi exatamente neste mesmo sentido que a Egrégia 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça caminhou ao julgar o HC nº 121.216/DF, em sessão datada de 19/05/2009, publicada no DJ de 01/06/2009, de Relatoria do Eminentíssimo Ministro Jorge Mussi, em acórdão assim ementado:

Habeas Corpus. Nulidade. Reclamação ajuizada no tribunal impetrado. Julgamento improcedente. Recurso interposto em razão do rito adotado em audiência de instrução e julgamento. Inversão na ordem de formulação das perguntas. Exegese do art. 212 do cpp, com a redação dada pela lei 11.690/2008. Ofensa ao devido processo legal. Constrangimento evidenciado.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos. 2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em error in procedendo, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do hábeas corpus, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade.

---

respondida. Parágrafo Único: Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição".

12 Significa sistema legal adverso, ou seja, no sentido de adversário, ou parte contrária.

13 Significa o exame direto da parte que arrolou a testemunha.

14 Significa o exame cruzado da parte que arrolou a testemunha, ou seja, se a acusação arrolou a mesma e pode inquiri-la diretamente, a parte contrária, a defesa, também deve ter essa mesma oportunidade e vice-versa.

3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.

4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP.

Em mais uma consulta à doutrina, o processualista Paulo Rangel também afirma que:

[...] o juiz não exerce mais o sistema presidencialista na tomada dos depoimentos. As partes, direta e pessoalmente, é que farão as perguntas às testemunhas, preservando a imparcialidade do magistrado [...] que deve ser afastado da colheita da prova, deixando tal tarefa às partes. Se o sistema é o todo e não uma parte, não pode o processo ter momentos em que seus atos serão à luz da estrutura acusatória e outros à luz de uma estrutura inquisitiva [,,] logo, em audiência não poderia ser diferente. (RANGEL, 2009, p. 505).

Nota-se que na esteira da doutrina e jurisprudência acima citadas, foi esta a intenção do legislador, que aboliu o sistema presidencialista para homenagear o sistema de inquirição direta, que se baseia, conforme já dito, no *adversary system* dos americanos, em que o magistrado situa-se em posição de maior neutralidade na produção probatória, relegando-se às partes a atividade principal na produção da prova.

Ainda nessa mesma linha, o Desembargador da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Odone Sanguiné, relator da Apelação Criminal nº 7033735440, em sessão realizada em 06/05/2010, posicionou-se na mesma esteira da decisão do STJ e da doutrina supra, e em seu voto suscitou preliminar de ofício para anular o feito desde a audiência que não se realizou nos moldes do novo art. 212 do CPP, e deixou consignado em seu voto que:

[...] por se tratar de matéria de ordem pública, a inobservância de dispositivo processual legal implica em clara afronta ao princípio constitucional do devido processo legal, causando inegável prejuízo à dialética entre as partes, devendo ser preservado tanto o direito da sociedade como do acusado. Assim, estar-se-á evitando prejuízo maior, o qual pode advir de declaração tardia da nulidade do processo [...].

A antiga redação do art. 212 do CPP, não regulava a ordem de inquiridores, mas tão somente a forma da realização das perguntas das partes, que eram realizadas por meio de reperguntas feitas ao juiz. A nova redação que também não possui ordem de inquiridores altera expressamente a maneira de realização das perguntas das partes, ou seja, não há mais reperguntas, mas sim perguntas diretas.

Em face disso, pode-se interpretar que a expressão "complementar" se refira a essa nova sistemática de realização das perguntas que é definida no caput do mesmo artigo, ou seja, de que uma ordem de inquiridores nunca existiu em audiências criminais.

Sendo assim, é inadmissível que o juiz, como destinatário da prova, não possa inquirir as



testemunhas antes das partes, podendo então iniciar a inquirição das testemunhas, passando a palavra às partes para que façam perguntas diretas posteriormente.

A propósito, a própria Lei nº 11.690, de 09/06/2008, que deu a nova redação ao art. 212 do Código de Processo Penal, alterou também em diversos artigos do referido código, dentre estes, deu também nova redação aos artigos.

O art.155<sup>15</sup> permite que o juiz, ao formar sua convicção, se fundamente não exclusivamente "*nos elementos informativos colhidos na investigação*". Já o inciso I do art. 156 faculta ao juiz, de ofício, antes mesmo de iniciada a ação penal, ordenar a produção antecipada de provas, e, no curso da instrução, determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Ora, como defender que o artigo 212 apenas pode ser interpretado de acordo com os princípios informadores do sistema acusatório, se a mesma lei que lhe deu nova redação também agasalha novas redações (artigos 155 e 156) só compatíveis com o sistema inquisitivo?

Em relação ao acusado, prescreve o art. 188 do CPP, que o juiz fará o interrogatório e, depois dele, as partes poderão solicitar esclarecimentos. Quanto ao ofendido, o Código, na nova redação do art. 201<sup>16</sup>, dada também pela Lei nº 11.690/2008, limita-se a dizer que "será qualificado e perguntado".

Malgrado a norma não preveja perguntas das partes, estas devem ser admitidas, depois das do juiz, em atenção ao princípio constitucional do contraditório, conforme ensina Nucci (2008).

Observa-se, assim, que o sistema do Código de Processo Penal prestigia sempre iniciar o juiz a inquirição das pessoas que devam depor, não havendo porque ser diferente em relação às testemunhas. Até porque, sendo o juiz o encarregado de redigir o depoimento da testemunha (art. 215)<sup>17</sup>, que será reduzido a termo (art. 216)<sup>18</sup> mais adequado, que comece a perguntar, porque, sendo o destinatário da prova, abordará e consignará o que de relevo para a decisão, que será sua, em face da criação do juiz natural, podendo, desde logo, esgotar e com economia processual, o repertório de indagações.

Talvez a melhor solução fosse mesmo que a nova redação do art. 212 do CPP fosse

---

15 Art. 155 do CPP: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

16 Art. 201 do CPP: Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

17 Art. 215 do CPP: Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases.

18 Art. 216 do CPP: O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos.

estendida ao depoimento do ofendido e, quiçá, ao interrogatório do réu. Mas é forçoso reconhecer que, a alteração promovida pela reforma processual limitou-se à inquirição das testemunhas: a antiga sistemática presidencialista de inquirição continua valendo para o interrogatório do réu (art. 188) e para a oitiva do ofendido (art. 201), conforme alhures explicado.

Ademais, concentradas, em ato único, audiência de instrução e julgamento, as oitivas, na sequência, do ofendido, das testemunhas, dos peritos e do acusado (arts. 400 e 531) seria desnecessário inverter a ordem só das perguntas às testemunhas. O juiz não deixa de ser imparcial por perguntar primeiro, conforme previsto quando for ouvir o ofendido ou interrogar o réu, por exemplo. Aliás, o que perguntar primeiro, poderia ser perguntado depois.

Assim, conforme visto alhures, ainda não foi possível observar se a circunstância de o Juiz continuar a perguntar primeiro seria uma afronta ao devido processo legal, ou ainda que tal fato possa trazer prejuízo à imparcialidade no espírito do julgador, ou seja, tal inversão não teria o condão de sequer gerar uma nulidade processual.

Damásio sintetiza que:

[...] o juiz será o último a formular perguntas, abordando pontos não esclarecidos. Entendemos que o magistrado, em que pese a redação do preceito citado, pode formular perguntas a qualquer momento, até porque tal proceder não terá o condão de gerar nulidade processual. (DAMÁSIO, 2009, p. 191).

Entende-se, acima, portanto, que o juiz será o último a perguntar, na esteira do determinado pelo parágrafo único do art. 212 do CPP, podendo, todavia, perguntar a qualquer momento da inquirição da testemunha, sendo certo que, caso inverta esta ordem, não há qualquer nulidade processual que possa ser declarada.

Insista-se, a interferência do juízo na coleta da prova oral testemunhal não será maior do que aquela já encampada na oitiva do ofendido e no interrogatório do réu, acima explicitadas é razoável entender que, somente quando as partes se rebelarem expressamente contra a forma de inquirição das testemunhas, na própria audiência (sob pena de preclusão), é que será viável acolher a alegação de nulidade por violação da norma esculpida no art. 212 do CPP, pois, do contrário, a acusação e a defesa terão concorrido para que a audiência se instrumentalizasse pela sistemática de inquirição presidencialista e, como sabido, nenhuma das partes pode arguir nulidade a qual haja dado causa (CPP, art. 565).

Para Nucci a nova redação do artigo 212 do CPP:

[...] Não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o Juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. A nova redação dada ao art. 212 manteve o básico [...] Nota-se, pois, que, absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional

método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado".  
(NUCCI, 2008, p. 481)

Assim, para esta corrente, a ordem permanece a mesma, vale dizer, o juiz toma o depoimento da testemunha, as partes o seguem, inquirindo diretamente e, caso necessário, o juiz complementar os esclarecimentos, sempre na busca da verdade. Em outras palavras, diante das recentes alterações, somente teria sido suprimido o sistema presidencial de reperguntas, e nada mais, ou seja, continuaria o juiz sendo o primeiro a questionar a testemunha.

No rumo da corrente supra descrita, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça Mineiro, e por fim, do Superior Tribunal de Justiça, o qual, em decisões recentes parece dar sinal em sedimentar o entendimento de que se trata de nulidade relativa:

Primeiro o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INSTRUÇÃO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. NULIDADE ARGUÍDA. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP. REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REJEIÇÃO. RESSALVA DE POSICIONAMENTO DO RELATOR. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Em razão da divergência verificada perante a 5ª e 6ª Turmas, do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, perfilha-se entendimento de que a mera inversão da colheita dos depoimentos, em sede de instrução processual penal, consoante nova redação do artigo 212, do *codex* de ritos, não tem o condão de ofender o princípio do devido processo legal. Ressalva do ponto de vista do relator.

2. Eventual nulidade somente deverá ser declarada em caso de prejuízo incontornável à parte que a alegar (art. 563, CPP). Precedente (STJ, HC 137094/DF, Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 08/03/2010). 3. Recurso desprovido.

(Apelação Criminal nº 2008111154904APR - 2ª Turma Criminal - TJDF - Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos - DJ. 06/05/2010).

Ao fundamentar esta decisão, os desembargadores rejeitaram a preliminar de nulidade absoluta invocada pelo Ministério Público, citando a lição de Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2008), os quais afirmam que:

A leitura apressada deste dispositivo legal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Não parece ser exatamente assim. Basta ver, por exemplo, a redação do art. 188 do CPP, a determinar que, no interrogatório, de início as perguntas são formuladas pelo juiz que, depois, consultará às partes se há algo a ser esclarecido. E mesmo a atual redação do art. 473 do CPP, que, no plenário do júri, determina a primazia do juiz de colher o depoimento da vítima e das testemunhas, para depois facultar às partes a formulação de perguntas. Afrontaria mesmo nossa tradição conceder-se, desde logo, a palavra às partes, para que o juiz, por último, pudesse perguntar à testemunha. Melhor que fiquemos com a fórmula tradicional, arraigada na "praxis" forense, pela qual o juiz dá início às suas indagações para, depois, facultar às partes a possibilidade de, também, inquirirem a testemunha, desta feita diretamente, sem a necessidade de passar, antes pelo filtro judicial.

Os processualistas acima exemplificam sua posição com o art. 473<sup>19</sup> do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.689/08, que estabelece, expressamente, que no júri, o juiz tem a prerrogativa de iniciar a inquirição tanto do réu quanto das testemunhas. Ora, sabemos que o rito adotado pelo legislador com relação ao Tribunal do Júri, que tem por objeto crimes que ofendem a vida, bem jurídico maior tutelado em nosso ordenamento, o juiz é o primeiro a inquirir, não há sentido então que, nos demais crimes, o mesmo deva perguntar por último, especialmente quando a lei não trata disso expressamente.

Portanto, em interpretação analógica, o art. 473 reforça a idéia trazida pelo art. 212, ambos do CPP, no sentido de que o juiz pode ser o primeiro a inquirir as testemunhas.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELA MAGISTRADA CONDUTORA DA AUDIÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA NÃO CARACTERIZADA. ROUBO. IMPRÓPRIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO TENTADO. PENA REVISTA.

1. A nova redação legal do art. 212 do CPP, dando largo passo em direção ao sistema acusatório consagrado na Lei Maior, previu expressamente a subsidiariedade das perguntas do Magistrado em relação às indagações das partes, porém o fez apenas com alcance à inquirição das testemunhas, resguardando o antigo procedimento de inquirição "presidencialista" para a oitiva do ofendido e para o interrogatório do réu (Apel. Crim. nº 70029599941, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. em 08.07.2009). 2. A interferência do magistrado na instrução, no tocante à inquirição das testemunhas, quando inobservado o art. 212 do CPP, há de ser qualificada como nulidade relativa, pois não será ela interferência maior do que aquela já autorizada para o interrogatório e para a coleta do depoimento do ofendido. 3. Em se tratando de nulidade relativa, somente quando as partes se rebelarem expressamente contra a forma de inquirição das testemunhas, na própria audiência (pena de preclusão), é que será viável acolher a alegação de nulidade por violação da norma insculpida no art. 212 do CPP, pois, do contrário, a acusação e a defesa terão concorrido para que a audiência se instrumentalizasse pela sistemática de inquirição presidencialista e, como sabido, nenhuma das partes pode argüir nulidade a qual haja dado causa (CPP, art. 625).[...] Deram parcial provimento ao apelo. Unânime.

(Apelação Crime nº 70030638670 - Relator Amilton Bueno de Carvalho - 1ª Câmara Criminal - TJRS - D.J. 01/05/2009)

No acórdão supracitado, o raciocínio foi a interpretação de que a inversão da ordem das perguntas com a reforma trazida pela Lei nº 11.690/08 é equivocada, não significando que referida reforma abandonou o sistema presidencialista na colheita da prova oral, permanecendo com o juiz a competência para presidir a audiência, sendo que em ambos os casos concretos citados, somente houve mudança no sentido de como se indagar a testemunha, agora direta pelas partes, sem a intermediação do juiz.

Ainda analisando o acórdão, foi fácil perceber que o fato de o juiz ainda ter a iniciativa de tomar o relato inicial da testemunha arrolada faz parte da busca pela verdade real, princípio este que foi analisado anteriormente. Aliás, o Tribunal de Justiça Gaúcho vem firmando entendimento que a

---

<sup>19</sup> Art 473 do CPP: Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

alteração da ordem de inquirição em nada poderá prejudicar a defesa ou a acusação, eis que, na hipótese de o magistrado inquirir as testemunhas, antes das partes, estas, posteriormente, poderão perguntar diretamente às testemunhas o que entenderem relevantes e não tenham sido perquiridos pelo juiz.

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça Mineiro vem se manifestando sobre o tema, nos seguintes termos:

TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO. FURTO. RECEPÇÃO. PRELIMINAR. OITIVA DE TESTEMUNHAS QUE NÃO OBSERVOU O DISPOSTO NO ART. 212, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE DE CARÁTER RELATIVO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. REJEITA-SE. (...)- A inobservância do disposto no art. 212, do Código de Processo Penal durante a oitiva das testemunhas constitui nulidade apenas relativa, necessária a demonstração do prejuízo sofrido, o que não foi feito neste caso (...). (Apelação Criminal nº 1.0144.09.028180-5/0001 (1) - numeração única: 0281805-95.2009.8.13.0144 -2ª Câmara Criminal - Rel. Des. Herculano Rodrigues - D.J. 06/05/2010 - D.P. 28/05/2010).

A jurisprudência mineira vem caminhando no sentido de que, realmente houve uma mudança nas audiências criminais, porém, para que haja a nulidade do ato é necessário que a parte demonstre qual o prejuízo sofrido. Conforme dispõem os arts. 563 e 566, todos do CPP, essa irregularidade verificada em audiência não se traduz em nulidade absoluta, mas apenas de monta relativa, ou seja, dependem da efetiva comprovação do prejuízo.

Portanto, o fato de o juiz inquirir as testemunhas antes das partes, nos moldes anteriores, não prejudica o já mencionado *adversarial legal system*<sup>20</sup> que foi introduzido pelo legislador ao nosso ordenamento, eis que, o ponto principal do novo regime adotado está em as próprias partes, de forma direta, fazerem as perguntas às testemunhas que arrolou e pela parte contrária, ou seja, o fato de o juiz fazer perguntas antes das partes em nada prejudica o novo sistema.

Em outra decisão, a Sexta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça deu outra interpretação àquela dada pela 5ª Turma, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI Nº 11.690/08. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM E FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.1. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art.212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado *cross-examination*, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.2. A nova lei objetivou não somente simplificar a colheita de provas, mas procurou, principalmente, garantir mais neutralidade ao magistrado e conferir maiores responsabilidades aos sujeitos parciais do processo penal, que são, na realidade, os grandes interessados na produção da prova.3. No caso, observa-se que o Juiz primeiro grau concedeu às partes a oportunidade de questionar as testemunhas diretamente. A ausência dessa fórmula gera nulidade absoluta do ato, pois se cuida de regramento jurídico cogente e de interesse público. 4. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à

---

20 Significa Sistema Legal Adversário, em referência à parte contrária no processo penal.

luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes. 5. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP: "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. 6. Habeas corpus denegado, cassando-se a liminar anteriormente deferida. (HC nº137094 DF, Rel. Min. Og Fernandes - Superior Tribunal de Justiça - D.J. 18/02/2010 - D.P. 18/03/2010).

Diante de toda essa discussão, nada mais natural que ela chegasse ao principal Tribunal Brasileiro, o Supremo Tribunal Federal. Em decisão datada de 28/04/2010 e publicada no DJE em 03/05/2010, a Ministra Carmen Lúcia, ao julgar o HC 103.525 PE, em sede de liminar, deixou assentado que:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA DEVIDO À INVERSÃO DO PROCEDIMENTO NA OITIVA DE TESTEMUNHAS. FALTA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA QUE DETERMINOU A MANUTENÇÃO DA PRISÃO DO PACIENTE. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. LIMINAR INDEFERIDA. (Ministra Carmen Lúcia - STF).

Vale a pena transcrever o belo despacho que indeferiu a liminar pleiteada acima, colhendo-se os seguintes trechos:

[...] Os Impetrantes alegam que a juíza de primeiro grau não teria observado o procedimento legal referente à oitiva das testemunhas durante a audiência de instrução e julgamento. Afirmam que a magistrada teria feito suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes inquirissem as testemunhas. Porém, neste exame preliminar, próprio desta fase do processo, constata-se pela leitura dos documentos juntados aos autos que a defesa do Paciente não se manifestou sobre esses fatos durante a audiência nem em suas alegações finais. Ademais, não se vislumbra prejuízo sofrido pela parte [...].

Frustrado o habeas corpus no tribunal local, foi impetrado o HC nº 144.909, em tramite no Superior Tribunal de Justiça, a qual, pela Sexta Turma, foi novamente denegado, em 04/02/2010, nos seguintes termos:

EMENTA: Provas (oitiva de testemunhas). Perguntas (formulação). Ordem (inversão). Prejuízo para a defesa (inexistência).

1. Não acarreta, em princípio, prejuízo à defesa a alteração, na audiência de testemunha (Cód. de Pr. Penal, art. 212, na redação da Lei nº 11.690/08), da ordem de quem formula perguntas. Isso não altera o sistema acusatório. Em caso tal, há de haver um quid, representado pelo efetivo prejuízo para a defesa. 2. À vista disso, não há falar em nulidade, muito menos absoluta, quando, como no caso dos autos, o juiz inverte a ordem de inquirição de testemunhas, ouvindo-as antes que as partes - autor e réu - formulem suas perguntas. 3. Ordem denegada.

Portanto, a doutrina mais abalizada, juntamente com a jurisprudência de diversos Tribunais pátrios, inclusive os Tribunais Superiores (STF e o STJ) vem caminhando no sentido de entender que as inversões das perguntas no processo penal dariam causa, apenas, a uma nulidade relativa,

conforme já analisada, depende da demonstração de prejuízo e que seja arguida em tempo hábil, sob pena de preclusão ou convalidação.

Anote-se, ainda, que o mesmo Supremo Tribunal Federal, já considerando o regime das reformas processuais penais de 2008, diz que:

Direito Processual Penal, na contemporaneidade, não pode mais se basear em fórmulas arcaicas, despidas de efetividade e distantes da realidade subjacente, o que é revelado pelo recente movimento de reforma do Código de Processo Penal com a edição das Leis 11.689 e 11.690, ambas de 09 de junho de 2008, inclusive com várias alterações no âmbito do procedimento do tribunal do júri. (...) O regime das nulidades processuais no Direito Processual Penal é regido por determinados princípios, entre os quais aquele representado pelo brocardo *pas de nullité sans grief*." (STF, HC n. 92819-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Sessão de 24.6.2008, DJ de 15.8.2008).

Igualmente, ainda que o art. 212 do CPP tenha elencado uma ordem de inquiridores às testemunhas, uma eventual inversão não teria o condão de gerar prejuízo às partes. Com base no princípio da economia processual, o juiz criminal atualmente, não deve ser omissivo, pelo contrário, deve suprir eventuais dificuldades das partes, ou seja, está autorizado então a fazer perguntas antes das mesmas, invertendo uma hipotética e inexistente ordem.

## 10 CONCLUSÃO

Este artigo se propôs a analisar sobre as perguntas dirigidas às partes no Processo Penal Brasileiro, após a entrada em vigor da Lei nº 11.690/08, que deu nova redação ao art. 212 do CPP e que teria abolido, em tese, o sistema presidencialista de perguntas às partes.

Todavia, antes de enfrentar o tema central, a pesquisa girou em torno do que envolve o processo penal como um todo, desde a deflagração da ação penal até a colheita da prova oral realizada em audiência.

Nesse passo, é imperioso reforçar a ideia de que o processo penal é o meio que o Estado tem de aplicar o direito penal objetivo e para tanto há a necessidade de uma sequência de atos que passam desde a formulação da acusação e a produção de provas com a participação da defesa e da acusação até a prolação da sentença pelo juiz.

Entretanto, para que a colheita de provas seja realizada da maneira mais igual, legal e eficaz possível, a doutrina processual penal brasileira traz um leque de princípios norteadores que devem ser levados em conta em todos os processos criminais, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a verdade real e a economia processual, princípios estes que foram abordados na presente pesquisa e que são imprescindíveis para a compreensão do tema.

Ressalte-se que o objetivo central nada mais é do que o de contribuir para a verificação, à

luz do novo sistema, da ordem que a prova oral é colhida em audiência e se resulta em nulidade de sua inversão, de ordem absoluta ou relativa.

Um fator que chama a atenção recai quando se defende que se trata de nulidade relativa. É que ela possui a característica de se submeter ao prazo preclusivo caso não sejam argüidas a tempo e modo. Assim, imagina-se que quando o magistrado iniciar a inquirição das testemunhas em feitos criminais as partes, seja ela o Ministério Público ou o Defensor do réu, requeiram ao juiz que a audiência seja realizada na forma do art. 212 do CPP, sendo que em caso de indeferimento, as partes devem requerer que o magistrado conste a insatisfação das partes na ata de audiência.

Noutro giro, vale a pena recordar que na esteira da doutrina, o sistema que vige em nosso processo penal é o acusatório, aquele que está de acordo com os ditames constitucionais, porque fazem parte desse sistema, o contraditório, a publicidade, a imparcialidade, assegurando o exercício da ampla defesa e mais, distribui claramente as funções de acusar, defender e julgar.

Importante ressaltar que mesmo diante da premissa de que as funções de acusar, defender e julgar pertence a sujeitos diferentes no processo penal, a nova redação do art. 212 do CPP não torna o juiz imparcial por perguntar primeiro. Aliás, o que pode ser perguntado primeiro, poderia ser perguntado depois.

Assim, restou demonstrado em todo o corpo do trabalho que no processo penal brasileiro há divergência quanto à extensão da nulidade, porém, devendo prevalecer a corrente que defende a existência de nulidade relativa, eis que a interferência do juízo na colheita da prova oral em audiência não será maior do que aquela adotada quando da oitiva do ofendido e no interrogatório do réu. Ademais, não se vislumbra qual seria o prejuízo sofrido pela parte quando da inversão da ordem das perguntas às testemunhas, não influenciando desta forma na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF. 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.690, de 09 de Junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jun. 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco **Das Provas no Processo Penal**. Campinas: Impactus, 2005.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à Defesa**: Monografias e Teses Jurídicas. 2. ed. rev. e atual. conforme as normas NBR 6.023:2003, NBR 6.034:2004, NBR 12.225:2004 e NBR 14.724:2005. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José de; DI GESU, Cristina Carla. Nova Metodologia de Inquirição das Testemunhas e Conseqüências de sua Inobservância. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 201, p. 16-17, ago. 2009.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. 23. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. rev. e atual. até 31 de Dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.