

# O papel do Supremo Tribunal Federal nas reformas do Código de Processo Penal: a necessidade de revisão da teoria das nulidades

*Flaviane de Magalhães Barros*  
Universidade Federal de Ouro Preto

## INTRODUÇÃO

O Já se tornou repetitivo falar da reforma parcial do Código de Processo Penal, das dificuldades de um texto fragmentado e sem coesão, da matriz inquisitorial que perpassa a tradição do processo penal brasileiro inspirado no *Codice Rocco* italiano.

Por outro lado, o discurso dos pesquisadores do Direito, em especial processualistas como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Eugenio Pacceli de Oliveira, Aury Lopes Junior, Paulo Rangel, Geraldo Prado, Alexandre de Moraes da Rosa e mesmo constitucionalistas como Lenio Streck, vem de forma reiterada asseverando que muitas mudanças são uma aproximação com o princípio acusatório esculpido na Constituição da República. Nesse sentido, viu-se, após 2008, um esforço hermenêutico interpretativo para que as reformas perpetradas pelas leis 11.689/08, 11.690/08, 11.719/08, 11.900/09 e 12.403/11 fossem interpretadas na “melhor luz”, ou seja, a partir do texto constitucional.

Contudo, sabe-se que essas vozes que buscam uma adequação do processo penal à Constituição, não são a unanimidade na doutrina, muito menos nos inúmeros livros e manuais de processo penal que povoam as estantes jurídicas. Logo, vislumbra-se também um movimento oposto em sentido e perspectiva que pretende manter tudo como estava, ou seja, tudo como antes da Constituição de 1988, ou mais ainda, tudo como a tradição do processo penal brasileiro de matriz autoritária e inquisitorial estabelecia.

Se nas discussões acadêmicas e doutrinárias essa dicotomia é visível, é necessário ainda fazer referência à dificuldade de implementação, no cotidiano da prática forense brasileira, das mudanças efetivadas pela reforma parcial.

Muitos pesquisadores, dentre eles Boaventura Sousa Santos(ano) já vem advertindo que não basta mudar a lei, reformar a legislação, mas que é necessário garantir que as novas leis passem a ser vivenciadas no dia a dia dos processos criminais, exigindo assim uma atualização continuada dos operadores do direito envolvidos na questão, como juízes, promotores, advogados, escrivães, delegados de polícia, peritos e muitos outros.

É justamente no plano da aplicação das novas leis e seus impactos junto aos processos penais em andamento que a pesquisa da jurisprudência dos tribunais tem verdadeiro sentido. Pois, os pontos controversos, em que se exige uma interpretação constitucionalmente adequada da norma reformada e das novas situações processuais antes não discutidas, aparecem na jurisprudência seja por meio da argüição de uma nulidade seja por meio da argüição da inconstitucionalidade da lei.

A partir desse cenário que se busca perquirir qual o papel do Supremo Tribunal Federal perante a aplicação das normas reformadas da legislação processual penal, principalmente quando tais normas buscam justamente uma aproximação do texto normativo processual às normas constitucionais. Logo tais questões são matéria constitucional portanto, o Supremo Tribunal Federal é o último órgão de decisão sobre tais questões em casos concretos seja por meio de recursos extraordinários<sup>1</sup> ou pela via do *Habeas Corpus*. Além disso, lhe cabe como guardião da constituição julgar a constitucionalidade, por meio dos processos de controle concentrado ou ainda da extensão dos efeitos pela sumulas vinculantes e a repercussão geral. Assim, o Supremo tem importante papel de influenciar os demais níveis decisórios sejam do Superior Tribunal de Justiça, dos tribunais regionais Federais, e dos Tribunais de Justiça do Estados, até as decisões dos juízes criminais de primeira instância. Tal influencia se dá pela declaração da inconstitucionalidade ou constitucionalidade das normas processuais reformadas, ou ainda, pelo reconhecimento de uma nulidade no processo quando a norma processual reformada tem direta vinculação com as determinações constitucionais.

Para analisar esse papel do Supremo tomou-se como pano de fundo uma série de decisões sobre a nova ordem de oitiva das testemunhas no processo penal decorrente da nova redação dada ao art. 212 do CPP, já que ela foi objeto também de acalorados debates no seio acadêmico e na doutrina. Busca-se com tal discussão, demonstrar a necessidade de uma revisão da teoria da nulidade, a fim de que o arcabouço teórico do direito processual penal se adéqüe as novas perspectivas hermenêuticas constitucionais. Nesse ponto, o estudo tem como marco a compreensão procedimentalista do Estado Democrático de Direito que reconhece a relação interna entre Direito e democracia pelas bases do estudo de Habermas (1997) e a noção de direito como integridade do Dworkin( anos). Para repensar a teoria da nulidade

---

<sup>1</sup> A possibilidade de reconhecimento da repercussão geral nos recursos extraordinários em processo penal deve considerar o direito fundamental de liberdade, que tais questões sempre estão submetidas e o respeito à garantia do processo estabelecida constitucionalmente condição para uma decisão válida no processo penal

tem-se como marco a releitura do modelo constitucional de processo inicialmente formulado por Andolina e Vignera(ano) e as bases da formulação do processo como procedimento em contraditório ( FAZZALARI, 1992).

## **O debate sobre a nova ordem de oitiva de testemunhas determinada pelo art. 212 do CPP**

A nova redação do artigo 212 do CPP trouxe uma acalorada discussão sobre a ordem de oitiva das testemunhas na Audiência de Instrução e Julgamento. Desde a publicação da referida lei, Lei 11.690/2008, foi possível delinear duas linhas de interpretação da referida norma, tomando como bases as etapas pré-interpretativas e interpretativas propostas por Dworkin (2010, p. 82).

Assim, uma primeira linha tomava na etapa pré-interpretativa a nova formulação do texto do art. 212 do CPP que assevera que as perguntas às testemunhas serão feitas diretamente pelas partes e que o juiz fará perguntas de forma complementar sobre pontos não esclarecidos pela testemunha. Já na etapa interpretativa, verificava-se uma mudança na metodologia de inquirição da testemunha, que pondo fim ao sistema presidencialista, permitia uma maior aproximação da legislação processual ao princípio acusatório. Tal modificação estaria, em termos de direito comparado, aproximando o sistema brasileiro à prática do direito norte americano do *direct examination* e da *cross-examination* ou ainda a sistemática adotada no Código de Processo Penal italiano no *esame diretto e controesame* ( art. 498 do CPPit).

Nessa linha interpretativa a etapa interpretativa analisa a questão com base no princípio acusatório, e em uma interpretação com base em princípios reforça que tal mudança garante a ampla defesa, a imparcialidade e o devido processo legal.

A segunda linha interpretativa entende, na etapa pré-interpretativa, que a nova redação do art. 212 do CPP não mudou a ordem tradicional da inquirição das testemunhas em que o juiz é quem primeiro tem contato com a testemunha e lhe faz as perguntas pertinentes, apenas determinou que as perguntas das partes sejam feitas diretamente às testemunhas e não mais por intermédio do juiz, como no sistema presidencialista. Assim, o parágrafo único do referido artigo traz apenas uma preciosismo do legislador que determina que o juiz mesmo perguntando inicialmente, pode após as perguntas das partes reinquirir a testemunha. Na fase interpretativa se sustenta que pela análise dos demais artigos do Código de Processo Penal pode-se inferir que a reforma apenas pretendeu dar maior celeridade ao processo penal, que manteve e até mesmo reforçou os denominados poderes instrutórios do juiz como na nova redação do art. 156 do CPP, bem como, precisa se conformar com a disposição do art. 473 do CPP, que trata da instrução no tribunal do júri, mantendo nesse caso a ordem tradicional

de inquirição da testemunha, sendo primeiro o juiz-presidente do Tribunal do Júri, depois as partes, e por fim, os jurados.

Tanto nos estudos doutrinários como nas decisões judiciais é possível reconhecer essas duas linhas interpretativas. Para demonstrar tal questão e a necessidade de buscar a interpretação a melhor luz que leva a sério a Constituição, os direitos fundamentais e as garantias do processo, passa-se a reconstruir a discussão sobre a aplicação do art. 212 do CPP e as implicações dos precedentes judiciais na decisões em seus diversos níveis recursais, por meio de casos concretos.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios apresentou perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios inúmeras reclamações em face de juízes de primeiro grau. As reclamações decorriam das recusas de diversos juízes de primeira instância com o da 1ª e 2ª Vara Criminal de Ceilândia, 5ª Vara Criminal de Brasília, 2ª Vara Criminal de Samambaia, 2ª Vara Criminal do Tribunal do Júri da Ceilândia. Em específico, ao iniciar as audiências de instrução e julgamento o juiz iniciava fazendo as perguntas as testemunhas, após a sua qualificação e tomada de compromisso, ao invés de dar a palavra ao Ministério Público para primeiro inquirir a testemunha da acusação. A indeferir o pedido do MP de respeitar a nova ordem de inquirição da testemunha definida pelo art.212 do CPP, fundamentavam que a nova redação não modificava a ordem das perguntas, apenas permitia a inquirição direta das partes. Em decisão do juiz da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Ceilândia:

“apenas no sentido de se permitir as partes formularem perguntas diretas às testemunhas, mantendo-se a ordem na formulação das perguntas, uma vez que o fato de ser o juiz quem primeiro indaga as testemunhas não fere o sistema acusatório, pelo contrário, reforça o princípio da busca da verdade real”.

Oi ainda, o Juiz da 5ª Vara Criminal de Brasília:

*“diante das recentes alterações, somente foi suprimido o sistema presidencial de reperguntas - nada mais (...) que se mostrou lógico - eis que o magistrado aparentava ser um tradutor. E mais, nos termos do artigo 251 do CPP, o destinatário da prova é o Juiz, ou seja, mais lógico que tenha o primeiro contato com ela e, só após ‘sentir’ o fato pelo relato da testemunha, que as partes apontem os esclarecimentos que entenderem pertinentes”.*

O Ministério Público ante tais decisões apresentou reclamação perante o Tribunal de Justiça, já que não há para a situação um recurso previsto. Reclamações como essas foram submetidas às duas turmas criminais do Tribunal de Justiça.

Em acórdão da 1ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a relatora Desembargadora Sandra de Sanchis diz que entre a

posição de que o juiz continua a perguntar primeiro e a linha interpretativa que a nova redação determina a adoção da inquirição direta das partes e a atividade judicial passa a ser supletiva, ela como julgadora acompanha a segunda. Entende, contudo, tratar o desrespeito ao art. 212 de nulidade relativa, que deve portanto ser reconhecida quando houver prejuízo. Prejuízo que não foi demonstrado na situação reclamada, segundo a decisão da Desembargadora. Assim julgou improcedente a reclamação. Voto esse acompanhado pelo primeiro vogal. Já o segundo vogal utilizando-se da linha doutrinária traçada por Guilherme Nucci, assevera que a nova lei não mudou a ordem da oitiva, primeiro a testemunha é inquirida pelo juiz. Conclui que essa interpretação decorre da matriz inquisitorial-garantista adotada pelo Código de Processo Penal. Por esses fundamentos julga improcedente a reclamação.

Já em acórdão da 2ª turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em caso semelhante em que o Ministério Público apresentou reclamação tendo em vista que o juízo da 2ª Vara Criminal do Tribunal do Júri de Ceilândia, tinha na Audiência de Instrução, na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri manteve a inquirição nos moldes presidencialistas. A diferença da primeira reclamação analisada é sutil, pois ambos pugnam pelo respeito à nova redação do art. 212 do CPP, mas o primeiro processo o procedimento determinado pela lei era o ordinário, ao passo que no segundo caso era o específico do Tribunal do Júri.

Nesse segundo acórdão analisado, o relator primeiro assevera que tinha posição diversa, quando proferiu voto em outra reclamação semelhante. Citando seu posicionamento anterior, ele sustentava que a o artigo 212 não tinha retirado do juiz seus poderes instrutórios, mantendo assim a ordem que primeiro quem pergunta é o juiz. Sustentava tal posição na linha doutrinária de Guilherme Nucci, Alexandre Camara. Assevera ainda, que a manutenção da ordem tradicional é a interpretação correta pelo critério da sistematicidade, já que no art. 473 do CPP, que trata da inquirição das testemunhas em plenário dispõe que é o juiz presidente quem primeiro pergunta às testemunhas. Contudo, segundo o julgador, em razão da decisão da 5ª turma do STJ ao analisar a mesma questão originada do TJDF, no Habeas Corpus 121.216, da Relatoria do Min. Jorge Mussi, passou a seguir posicionamento idêntico. Assim, reconheceu a linha interpretativa que as perguntas são feitas primeiro pelas partes, cabendo a juiz perguntas supletivas, que o desrespeito a tal disposição fere a garantia do devido processo legal, ensejando assim nulidade absoluta. Com base em doutrina sobre nulidades, capitaneada por Ada Pellegrini Grinover, ressalta que a base para a decretação da nulidade é o princípio *pás de nulite sans grief*, que sustentando a instrumentalidade das formas reconhece a nulidade apenas quando essa causar prejuízo. Apresenta precedentes do STF, STJ e do próprio Tribunal sustentando que seja em nulidade absoluta ou relativa é necessário a demonstração do prejuízo concreto. Assim, concluiu que no caso analisado da reclamação o autor dessa não demonstrou o prejuízo concreto, apenas argumentou da existência de prejuízo presumido, portanto julgava improcedente o pedido para anulação da audiência de instrução. Por fim, decidiu pelo provimento parcial do pedido, determinando que o juiz nas

futuras audiências daquela ação penal respeitasse a ordem determinada pelo art. 212 do CPP.

Na seqüência dessa reclamação o primeiro vogal votou de forma diversa, fundamentando apenas que seguia o entendimento da 5ª Turma do STJ, no HC 121.216 e HC131.091, todos referentes ao TJDFT. Já o segundo vogal, seguiu o voto do relator. Conclui-se o julgamento com o provimento parcial da reclamação.

Como se vê as inúmeras reclamações feitas pelo Ministério Público junto ao TJDFT deram origem a processos julgados no STJ. Em verdade, O Ministério Público usou do Habeas Corpus<sup>2</sup> como meio processual para obter a pretendida anulação das Audiências de Instrução e Julgamento realizadas em desconformidade com a nova redação do art. 212 do CPP.

No STJ a discussão sobre a nova ordem de inquirição de testemunhas gerou controvérsia, pois as duas turmas que possuem competência criminal, a princípio divergiam na interpretação do artigo reformado, tendo consolidado um único entendimento posteriormente. Logo, pelo marco adotado nessa pesquisa, é importante reconstruir essa discussão. Assim, seguindo o caminho da questão levanta pelo Ministério Público do Distrito Federal, analisou-se três decisões diferentes, todas tratando de Reclamações do MP junto ao TJDFT.

A primeira decisão é HC 121.215 julgado pela 5ª turma do STJ, com relatoria do Min. Jorge Mussi, que foi inclusive base para fundamentar voto na segunda reclamação acima analisada. Ao analisar o caso submetido a julgamento, o Relator salienta que o MP antes de iniciar a oitiva requereu ao juiz que o ato fosse realizado nos termos da nova redação do art. 212 de CPP. O magistrado negou o pedido sustentando que cabia a ele a presidência dos atos procedimentais, logo o sistema se mantém presidencial e o poder/dever de argüir primeiro as testemunhas. Quando da análise do caso pelo Tribunal de Justiça, esse reconheceu se tratar de erro de procedimento, não reconhecendo a nulidade. Fundamentando seu voto apresenta posições da doutrina que asseveram que a mudança do art. 212 do CPP é decorrência do principio acusatório, devendo o juiz atuar na inquirição presidindo o ato, indeferindo perguntas e de forma suplementar ao final, fazer perguntas de pontos não esclarecidos. Reconhece que os dispositivos do art. 212 visam a garantia do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual o respeito à determinação legal fere o devido processo legal, ensejando assim nulidade absoluta. Reconhece que a despeito da nulidade ser absoluta ou relativa houve no caso prejuízo por desrespeito ao devido processo legal já que o acusado foi condenado em primeiro grau. Assim, decide pela anulação do processo desde a audiência de instrução. Os demais ministros da 5ª turma seguiram o voto do Relator, sendo que o julgamento ocorreu em 19 de maio de 2009.

Já em 1º de dezembro de 2010, na 6ª Turma do STJ, foi julgado caso

---

<sup>2</sup> Segundo o CPP, o MP tem legitimidade para impetrar ordem de HC em favor dos acusados, mesmo quando ele é o autor do processo penal.

semelhante, proveniente de reclamação do Ministério Público submetida ao TJDF, por meio do HC nº 121.215 - DF. A Relatora do processo, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, após apresentar o caso, assevera que o HC 121.216 julgado pela 5ª turma deve ser seguido, considerando-o um *leading case*. Com base nos argumentos do parecer do Ministério Público, pelo Sub Procurador Juarez Tavares, ressalta que a questão esta colocada na compreensão da nulidade absoluta ou relativa, sendo a nulidade absoluta aquela que decorre de violações diretas ou reflexas dos princípios constitucionais, e as relativas tratam de interesses privados. Ressalta que a questão do cumprimento do art. 212 do CPP decorre do princípio acusatório. Analisando o caso concreto, assevera que a recusa do juiz em seguir a ordem definida do art. 212 do CPP, assumindo a ordem presidencialista compromete a acusação, fragilizando o principio da imparcialidade, do devido processo legal e na presunção de inocência. Por fim, o voto da relatora aduz que a mudança de ordem não se trata de mero preciosismo como argumenta o magistrado que determinou a manutenção da ordem anterior, mas sim o respeito às garantias constitucionais. A nova ordem valoriza a imparcialidade, já que o juiz de produtor da prova, em uma matriz inquisitiva, passa a destinatário. Conclui o voto , concedendo a ordem para anular o processo desde a audiência.

O voto da relatora não foi seguido pelos demais Ministros. Ficou a cargo do Ministro Og Fernandes a produção do voto vencedor. No voto estabelece que a discussão debruça na seguinte indagação: a determinação do parágrafo único do art. 212 inverteu a ordem de formulação das perguntas às testemunhas ou ela continua a mesma? Ou seja, quem tem o poder inquirir primeiro é o juiz ou a reforma inverte a ordem de inquirição com objetivo de garantir a imparcialidade.

Reconhece no voto que há dois posicionamentos doutrinário e jurisprudencial. Um que fundado na decisão do HC 121.216 DF da lavra do Ministro Jorge Mussi, bem como, da posição de parte da doutrina, representada no voto pela análise de Eugenio Pacelli de Oliveira, Aury Lopes Junior, Antonio Magalhaes Gomes Filho e outros de um lado, que entende que a nova ordem deve ser respeitada em razão dos princípios acusatório e do devido processo legal, caso não seja respeitada a sanção é a nulidade absoluta. O outro fundado na posição doutrinária de Guilherme Nucci, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha , Ronaldo Batista Pinto e Damásio de Jesus que sustentam que não houve mudança da ordem de perguntas. Ao analisar o caso sustenta que se o juiz de primeiro grau tivesse impedido as partes de perguntarem, seria essa nulidade absoluta. Mas isso não ocorreu no caso, o juiz permitiu a inquirição das testemunhas pelas partes de forma direta, somente mudando a ordem e as inquirindo primeiro. Entende que a partir de uma interpretação sistêmica a mudança da ordem pode gerar nulidade relativa, se houver prejuízo, já que se trata apenas de uma inversão, pois a redação do art. 212, da ao juiz a possibilidade de fazer perguntas, subsidiariamente, para esclarecer a verdade real, e assim o interesse a ser protegido é exclusivamente das partes. Utiliza como situação próxima a inversão da ordem de oitiva entre acusação e defesa, que é reconhecida como nulidade relativa, além de filiar a posição no próprio STJ,

que a condenação por si só não demonstra o prejuízo. Conclui assim o voto denegando a ordem de habeas corpus.

No voto do Ministro Celso Limongi, esse apresenta sua visão pessoalmente em razão da experiência como juiz de primeiro grau que presidiu audiências de membros de organização criminosa na década de 70. Defende que o juiz não é uma estátua de pedra e que a presidência da audiência pelo juiz que preside toda a prova, é permitida pelo CPC, que tem mais cientificidade que o CPP. Assim argumenta:

Então, é preciso ter em mente, em primeiro lugar, que o juiz é imparcial. Se duvidarmos dessa imparcialidade, não temos mais processo. Por quê? Que prejuízo? Que lesividade às partes, ao interesse público ocorrerá só porque o juiz formulou a pergunta em primeiro lugar? Ele é o próprio destinatário das provas e comanda as provas. É ele que sabe, em primeiro lugar, o que ele precisa ter em mãos para decidir. Os elementos de convicção são trazidos a ele.

Conclui seu voto com uma crítica ao legislador penal e processual penal, dizendo que esse devia preocupar-se com questões importantes, ao invés de reforma esse tema. Por fim, foi proferido voto-vista pelo Ministro Nilson Naves. Em seu voto diz que, após inclusive uma consulta à doutrina, que é ainda incipiente, esta convencido que a inobservância da nova determinação do art.212 do CPP não altera o sistema acusatório. Justifica que no modelo brasileiro o juiz não é mero espectador, possui participação ativa, no processo civil e mais ainda se justifica no processo penal, em que se discute liberdade e se exige a verdade real. Reforça a questão citada a doutrina de Nucci e a redação do art. 473 do CPP que se refere ao Tribunal do Júri. Conclui que seja o juiz perguntando primeiro ou depois, num ou noutro procedimento o caráter acusatório esta preservado. Assevera ainda que a nulidade somente pode existir se houver prejuízo para a defesa. Assim, conclui o julgamento denegando a ordem, como voto vencido da relatora.

O terceiro acórdão referente a reclamação do julgada pela TJDF em caso semelhante, é da lavra do Ministro convocado do TJ SP, Celso Limongi, na 6ª Turma do STJ. Em seu voto reconhece a divergência de posicionamento dessa sexta Câmara com a quinta Câmara, faz referencia a decisões de sua própria Câmara, bem como, do julgamento do Supremo Tribunal Federal, no HC 103.5265/PE. Segundo o relator do acórdão:

A questão referente à alteração, na audiência de testemunha (Código de Processo Penal, artigo 212, na redação da Lei nº 11.690/08), da ordem de quem formula perguntas já foi objeto de debate no âmbito da 6ª Turma. Aqui, consolidou-se o entendimento segundo o qual, sem a demonstração de efetivo prejuízo, 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.

Com base na definição na consolidação do entendimento pela Sexta Câmara, nessa vez por votação unânime, decide-se pela denegação da ordem já que no presente caso não houve pela parte demonstração de prejuízo, pois argumentava que por se tratar de nulidade absoluta, esse era presumido.

Cabe ressaltar que a posição acima ficou consolidada com precedente a ser seguido não só pela Sexta Câmara, mas também pela Quinta Câmara. Assim, na pesquisa jurisprudencial realizada nesse estudo, verifica-se uma mudança diametral entre as primeiras decisões do STJ, vinculadas a primeira linha interpretativa definida no início do presente trabalho, e as decisões mais recentes que consolidou no Tribunal a segunda linha interpretativa definida nesse trabalho. Atualmente o STJ, órgão do poder judiciário responsável constitucionalmente pela uniformização da jurisprudência brasileira em matéria infraconstitucional, entende que o não respeito a ordem do art. 212 do CPP, gera nulidade relativa, que deve ser demonstrado seu prejuízo.

Logo, há de se ressaltar a mudança, portanto, da linha interpretativa da Quinta Câmara do STJ. Na pesquisa, a referida Câmara indica que seu novo posicionamento se deu no caso do HC 180.787, relatado pela Ministra Laurita Vaz, em dezembro de 2010. Em julgados posteriores, da mesma turma, verifica-se a manutenção do referido alinhamento jurisprudencial como no acórdão relatado pelo Ministro Jorge Mussi, em outubro de 2011. Nesse último, a ementa já confirma a mudança de posicionamento:

2. Em anterior writ aqui impetrado, esta Corte Superior de Justiça reconheceu a eiva ora reclamada na mesma ação penal em tela, embora em ato distinto, considerando tratar-se de nulidade absoluta.

3. Nos dias atuais, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça evoluiu para exigir que o reconhecimento da nulidade pela inobservância do disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal seja precedida da sua arguição oportuna, bem como da comprovação do efetivo prejuízo suportado.

A diametral mudança de linha interpretativa se deve em muito em razão de uma específico julgado do STF, que é o precedente referenciado por todos os acórdãos do STJ decididos posteriormente. Trata-se do julgamento ocorrido na primeira turma do STF, no HC 103.525/PE, da relatoria da Ministra Carmen Lucia, datado de agosto de 2010. Como o presente estudo visa justamente analisar o papel do Supremo, busca-se antes da análise dessa questão apresentar a argumentação específica do caso submetido a julgamento pela Corte máxima brasileira.

Tal caso, diversamente dos analisados até então não se originou de uma

reivindicação do Ministério Público para que a audiência seguisse o novo tramite estabelecido pela reforma de 2008. Trata-se de um julgamento em crime que possui legislação específica, tráfico de entorpecentes, regida pela lei 11.343/2006. Pelas informações no acórdão o paciente foi denunciado pela conduta tipificada nos art. 33 e 34 da Lei 11.343/2006. Narra que na audiência de instrução e julgamento a juíza monocrática não seguiu a ordem prevista no art. 212 do CPP para oitiva de testemunhas. Em sentença a juíza condenou o acusado. Foi impetrado *Habeas Corpus* junto ao TJ de Pernambuco, que denegou a ordem, entendendo se tratar de nulidade relativa, que a parte tinha se insurgido tardiamente operando-se a preclusão e que não havia prejuízo. Os impetrantes do HC então formularam outro pedido de *Habeas Corpus* junto ao STJ, tendo sido decidido pela 6ª turma. O relator Ministro Nilson Naves, em seu voto repete a fundamentação apresentada no voto vista do HC 121-215 DF, já analisado nesse trabalho. Assim, denega a ordem pelos mesmos fundamentos: a mudança da ordem não afeta o caráter acusatório, não acarreta prejuízo para a defesa tal alteração. Impetrado outro HC, agora junto ao STF, foi a liminar indeferida. No parecer do Ministério Público Federal, esse opinou pela denegação da ordem.

Em seu voto, a relatora Ministra Carmen Lucia em sua fundamentação disse que os fundamentos fáticos e jurídicos não afastam do que foi decidido pela Sexta Turma do STJ. Assim, reproduz a fundamentação do voto vista do Ministro Nilson Naves do HC 121.215 DF, que tinha sido a base para fundamentação da denegação da ordem do HC do presente caso de Pernambuco. Após reafirmar que não há novos fundamentos jurídicos para não manter a decisão do STJ, reforça que se trata a questão de nulidade relativa, que deveria ser argüida nas alegações finais, o que não ocorreu no caso, já que a questão fora suscitada apenas no Tribunal de Justiça. Ademais, independente da sanção prevista ser a nulidade absoluta ou relativa, não se declara nulidade por presunção do prejuízo. Logo, o prejuízo deve ser concreto, em decorrência do caráter instrumental do processo. Conclui, após analisar os demais pedidos dos impetrantes pela denegação da ordem. No julgamento ainda votou o Ministro Marco Aurélio, apresentando seu entendimento que o processo é liberdade em sentido maior. Considerou que a forma prevista no art. 212 do CPP é essencial à valia do ato. Reconhece que o juízo no caso “se empolgou”, iniciou fazendo seus questionamentos sem aguardar as partes. Conclui avaliando que o prejuízo está demonstrado pela sentença condenatória, mas que como a questão encerra uma nulidade relativa, no caso em pauta não houve o insurgimento da defesa em momento próprio. Assim, conclui pela denegação da ordem. O julgamento foi concluído com decisão unânime de denegação da ordem.

Nesse ponto do trabalho vale a pena burilar todos os pontos apresentados nessa série de julgados que formaram um precedente importante para a reforma parcial do Código de Processo Penal, que pode ser ripristinada quando a aprovação do novo Código de Processo Penal, em debate no Congresso Nacional.

## **As interpretações possíveis para o descumprimento do art. 212 do CPP**

Fica bem claro, que ambas as duas linhas interpretativas inicialmente apresentadas nesse estudo foram utilizadas nos diversos casos analisados e que sobrepõem a discussão.

A atuação do Ministério Público do Distrito Federal e o Ministério Público Federal por seus órgãos junto ao STJ adotaram a primeira linha interpretativa. Sendo importante ressaltar que como os titulares da atribuição constitucional de órgão de acusação no processo penal, outra não deveria ser sua posição institucional. Afinal, ao permitir que o promotor faça as perguntas primeiro esse assume de forma concreta seu lugar de acusação. Assim, finda-se com uma prática recorrente nas instruções processuais penais brasileiras em que o juiz começa fazendo as perguntas, depois quando da a palavra a parte acusatória, essa não tem mais perguntas relevantes a serem feitas, pois todas já foram feitas pelo juiz. Logo, deve-se ressaltar a atuação do Ministério Público em requerer antes do início da inquirição o cumprimento da norma do art. 212 do CPP, como ocorreu de forma reiterada no Distrito Federal após a mudança da lei, bem como, a atuação em apresentar as reclamações junto ao Tribunal de Justiça e por fim impetrar *Habeas Corpus* no STJ. Tal atuação está vinculada ao seu papel constitucional no processo penal, assim, exigir o cumprimento de tal norma não se trata apenas de dever da defesa do acusado, mas de direito das partes. Apenas no julgamento ocorrido junto à Primeira Turma do STF que o Ministério Público se pronunciou sobre o tema considerando a inversão da ordem como nulidade relativa, a exigir arguição no tempo oportuno.

O voto do Ministro Jorge Mussi no HC 121.216 DF também adota a primeira linha interpretativa. Sustentando toda a sua fundamentação no respeito aos princípios constitucionais, desde o princípio acusatório, passando pelo devido processo legal. No que se refere a compreensão da teoria da nulidade, percebe-se a adoção da distinção entre nulidade absoluta e relativa, entende ser direito das partes o cumprimento do devido processo legal, que é garantia para uma decisão justa, assim reconhece a nulidade como absoluta. Mesmo sendo nulidade absoluta, não deixa de analisar a questão do prejuízo, reconhecendo-o em razão da existência de sentença condenatória fundada em provas produzidas ao arrepio do devido processo legal. No mesmo sentido, o voto vencido da Ministra Maria Thereza de Assis Moura também segue a primeira linha interpretativa construindo a fundamentação da decisão com base no princípio acusatório, no papel do juiz como destinatário da prova e sua importante função de garantir a imparcialidade do julgador. Reconhece a nulidade como absoluta por contrariar os ditames constitucionais.

Por outro lado, a posição dos juízes do Distrito Federal seguiu a segunda linha interpretativa, que avalia a questão a partir de uma interpretação sistêmica do Código de Processo Penal. Entenderam nas diversas decisões pesquisadas que o juiz pode sim perguntar primeiro que as partes, que seu papel não é apenas supletivo como trata o parágrafo único do art. 212, mas sim um papel ativo, decorrente de seus poderes instrutórios.

Já a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em que pese concluir

pela nulidade relativa e a ausência de prejuízo, não entende que é possível a manutenção do sistema anterior presidencialista. Ou seja, se colocam em uma linha interpretativa intermediária entre as duas propostas no início do trabalho. Isso pois as decisões reconhecem que pela interpretação do art. 212 do CPP que pergunta primeiro são as partes. Tanto é verdade, que em uma das decisões analisadas a reclamação foi julgada parcialmente procedente para determinar que o juiz nas próximas audiências no referido caso respeita-se a ordem acusatória de inquirição. Ela se aproxima da primeira linha em razão de argumentar a questão a partir do princípio acusatório e da adoção da *cross examination* como um ditame constitucional. Contudo, a decisão ao reconhecer a questão com uma nulidade relativa que exige demonstração do prejuízo usa a teoria das nulidades como aparato teórico justificador para a manutenção do ato impugnado.

O voto do Ministro Og Fernandes, que foi estabelecido como voto vencedor do HC 121-215 labora também nessa linha intermediária, mas aproximando ainda mais na segunda linha interpretativa que entende que o juiz continua perguntando primeiro. Sua fundamentação não aduz às questões constitucionais, fica ancorado em parte da doutrina que sustentam justamente que os limites da *cross examination* no Brasil é permitir que as partes perguntem diretamente as testemunhas, e não mais passe pela sistemática anterior que o juiz é quem se dirigia à testemunha para fazer a pergunta requerida pelas partes. Assim, conclui que se o juiz não permite às partes fazer perguntas diretas a testemunha essa nulidade seria absoluta, mas se o juiz perguntar antes das partes aí se trata de nulidade relativa, pois atinge interesse exclusivo das partes. Usa portanto a teoria das nulidades, fazendo uso da distinção clássica entre nulidade absoluta e relativa, em que a primeira é de interesse público e a segunda é de interesse privado. Portanto, não chega a afirmar categoricamente que nada mudou, mas contudo chega a mesma conclusão da segunda linha interpretativa que o juiz perguntar primeiro não gera prejuízo algum .

Também adota uma posição intermediária o voto do Ministro Marco Aurélio, mas se aproximando na primeira linha interpretativa quando reconhece o processo penal como uma garantia constitucional e entende que se deve cumprir o art. 212 do CPP com a atuação preponderante das partes. Contudo, ao usar as bases da teoria das nulidades sem vinculação com os princípios reconhece a questão como nulidade relativa, exigindo a arguição no tempo oportuno.

Já o voto do Ministro Celso Limongi se enquadra na segunda linha interpretativa que entende que o juiz deve sempre perguntar primeiro, justificando que nada mudou porque os juízes não são estátuas de pedra, são sempre imparciais, não havendo lesão a interesse público algum quando ele pergunta primeiro.

O voto do Ministro Nilson Naves também segue a segunda linha interpretativa pois considera que se o juiz perguntar primeiro ou depois disso não violará a lei, pois o caráter acusatório é o mesmo em um ou noutro procedimento. Mesmo fazendo uma referencia a principio a faz para manter

o reconhecimento que se desdobra da legislação processual anterior à Constituição. Usa a teoria da nulidade reconhecendo a nulidade relativa, mas de forma irônica pois duvida que se possa demonstrar o prejuízo, pelo juiz perguntar primeiro.

Já o voto apresentado no Supremo Tribunal Federal pela Ministra Carmen Lucia por se subsidiar na análise do voto do Ministro Nilson Naves segue também a segunda linha interpretativa, pois diz que não há mais fundamentos a incluir na decisão que os pontos já apresentados no STJ. Assim, não se pode obter nesse voto uma análise da questão que enfrente as questões constitucionais negadas por essa linha interpretativa. O voto ainda utiliza-se da teoria da nulidade para afastar da necessária análise da questão constitucional inserta na discussão. Ao reconhecer que a nulidade é relativa e que portanto deve ser argüida em momento oportuno, não debruça nas questões constitucionais.

Para se pretender uma interpretação conforme a constituição para a questão sem fugir no marco proposto precisa-se primeiro pensar em uma teoria da nulidade conforme a Constituição, segundo analisar as questões constitucionais que estão por de traz das reformas parciais contrapondo-a com a tradição do processo penal brasileiro.

### **Por uma teoria das nulidades adequada a Constituição**

Nessa linha interpretativa o dissenso em termos da etapa interpretativa se apresenta apenas quanto os limites e possibilidades do juiz complementar a prova produzida diretamente pela partes de forma inicial. Uma interpretação racial, nos termos de Dworkin, seria aquela que sustenta a não interferência do juiz no depoimento das testemunhas, já que assim ele passaria a gestor da prova, como no sistema inquisitorial, e portanto estaria quebrada sua imparcialidade. Nesse sentido, o juiz estaria cruzando os braços aos abusos e/ou omissões das partes que prejudicariam a melhor compreensão do fato probatório. Seria, assim, uma interpretação nos termos do liberalismo processual, fundado do principio dispositivo.

Em outro sentido, esta a proposição de uma interpretação radical, que estabelece limites claros para a atuação do juiz na inquirição das testemunhas, que permite então fazer perguntas que esclareçam o tema já proposto pelas partes em suas perguntas, permitindo assim a produção de um prova mais fidedigna com o relato da testemunha. Essa interpretação deve levar em conta a advertência de Cordeiro ( ano) sobre o primado da hipótese sobre o fato, de modo que quando o juiz formula alguma pergunta para esclarecer a questão ele desde já apresenta mentalmente uma projeção da sua compreensão sobre o fato, e portanto, agem direcionado a um sentido pré-compreendido. Assim, seria uma interpretação voltada ao socialismo processual, que sustenta o protagonismo do juiz no processo, não se vinculando tal protagonismo à quebra da imparcialidade.

### **Por uma teoria das nulidades adequada ao modelo constitucional de processo**

A teoria das nulidades pode ser vista numa perspectiva paradigmática, por meio da análise das características das nulidades próprias do processo no Estado liberal, social e democrático de direito. Em termos de liberalismo processual, o processo é visto como a forma pela forma, o rito pelo rito, é o jogo das partes que rege a dinâmica do processo e a vitória processual depende da esperteza dos advogados. Nesta perspectiva, a nulidade é estruturada pela rigidez das formas, além de seguir a influência do direito privado, que discutia a nulidade e anulabilidade dos atos com o enfoque dos atos jurídicos de direito privado e dos negócios jurídicos, com já criticado por Carnelutti (1938, p. 512).

De modo exemplificativo, pode-se verificar na redação original do CPP resquícios de tal compreensão das nulidades. Para tanto, basta analisar o art. 564, no qual se verificará a enumeração de diversos atos que serão considerados nulos. Assim, o juiz somente teria necessidade de verificar se a norma expressa no referido artigo era aplicável a caso em questão. Esta atuação do juiz é própria do liberalismo processual, como alertado por Nunes (2008). Assim, a nulidade deveria ser preponderantemente argüida pela parte, não podendo o juiz reconhecê-la sem sua provocação.

As mudanças perpetradas na teoria das nulidades iniciam-se com a introdução da noção de prejuízo, como dito pelos teóricos franceses, "*pas de nulité sans grief*". Ou seja, a nulidade somente será reconhecida se verificado o prejuízo para o processo ou para a atuação da parte. Tal medida visa obter a maior eficiência dos atos processuais, no sentido de uma economia processual. Mais do que isto, as nulidades em termos processuais passam a ser reconhecidas de ofício pelo magistrado, sem a provocação das partes. Ela passa a ser hipótese de não aplicação do princípio dispositivo, por se tratar de questão de ordem pública. Estas características aproximam a teoria das nulidades às influências do socialismo processual, que tem como importante característica a atuação ativa do juiz no processo, ou seja, o protagonismo judicial (NUNES, 2008), inclusive no sentido de suprir as deficiências argumentativas das partes.

Há, portanto, necessidade de se rediscutir a teoria das nulidades, no sentido de garantir uma interpretação adequada ao Estado democrático de direito e coerente com a própria noção de processo, como garantia de direitos fundamentais, ou ainda, à noção de modelo constitucional de processo (BARROS, 2009a; 2009b).

Para tanto, é preciso afastar algumas incoerências e mesmo erros decorrentes da repetição reiterada de uma teoria das nulidades fundada em heranças romanas, absorvidas pelo Código de Napoleão, como já ressaltava Valle Ferreira (1963). Assim, desmistificar alguns termos como "nulidade de pleno direito", ou mesmo afastar determinadas dúvidas, como se nulidade seria vício ou sanção.

A nulidade não pode ser vista como um vício intrínseco ao ato (SILVA, GOMES, 2006). A necessidade de que a nulidade processual seja reconhecida e declarada judicialmente já é compreendida por diversos autores, desde

Grinover até Gonçalves, mesmo que em determinadas expressões legais tal noção não seja verificada. Ao se construir a noção de que o processo se vincula aos princípios constitucionais, deve o ordenamento prever uma sanção para o seu desrespeito, ou seja, as nulidades<sup>3</sup>. O ato processual não nasce nulo por faltar um de seus requisitos, mas a nulidade é vista de forma externa, a partir das conseqüências do ato processual no interior do processo.

Nos termos de uma reflexão sobre a teoria das nulidades adequada à noção de processo como garantia, as nulidades devem ser consideradas como forma de controle dos atos processuais, de sua regularidade e conformidade com o modelo constitucional de processo. Assim, somente pode ser considerada a nulidade como uma conseqüência do reconhecimento pelo órgão julgador da desconformidade do ato frente ao modelo constitucional de processo, gerando, como conseqüência, a necessidade de se refazer o respectivo ato, declarando-o nulo. Ou seja, a nulidade é uma sanção decorrente da desconformidade do ato face à Constituição.

Portanto, a cognição sobre a nulidade se dá em duas fases. Em uma primeira fase, deve-se perquirir se o ato é regular ou irregular. Isto é, se o ato é desconforme o modelo normativo de processo como se refere Gonçalves (2000, p. 62), o que significa desconformidade com as normas processuais. Em uma visão mais adequada à noção de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, própria do Estado democrático de direito, discute-se se o ato é desconforme ao modelo constitucional de processo. Pois, um ato processual desconforme às normas processuais afeta a garantia do processo e, portanto, é um ato irregular.

Na segunda fase, se discute argumentativamente se o ato irregular deve ser reconhecido como nulo, devendo-se demonstrar que o ato não cumpriu sua finalidade, gerando, portanto, prejuízo. Como ressalta Gonçalves (2000, p. 58) ao criticar a adoção dos princípios da instrumentalidade das formas, da causalidade, do interesse e da economia processual como critérios para discussão das nulidades. Assim, Gonçalves (2000) propõem a substituição deles pelos critérios da finalidade e do prejuízo, para demonstração da nulidade. Ou dizendo de outra maneira, se o ato for irregular, mas cumprir sua finalidade e não gerar prejuízo, não haverá razão para anulá-lo.

Finalidade do ato significa “construir o procedimento válido” (GONÇALVES, 2000, p. 61). Ou seja, o ato processual deve cumprir seus fins, no sentido de garantir as bases do processo constitucional, logo, que respeite o contraditório, a ampla argumentação, a imparcialidade do julgador e a fundamentação racional da decisão (BARROS, 2009a, p.17-18).

Ausência de prejuízo significa que a irregularidade do ato não prejudicou as garantias do processo. Isto é, o ato garante a participação dos afetados por

---

<sup>3</sup> Ou ainda, na doutrina estrangeira: *Ocorre ben distinguire tra il dovere del giudice di garantire il contraddittorio – e la correlativa affermazione di diritti delle parti – dalla conseguenza della sua violazione: non si può ridurre il significato della garanzia a quest'ultimo aspetto, poichè la sanzione di nullità non è affatto “inutile”, se opera come sanzione deterrente ossia per indurre il giudice a rispettare il contraddittorio prime di decidere.*(FERRI, 1988, p. 782)

meio do contraditório, garante o tempo para que as partes possam apresentar os argumentos e fatos relevantes para a formação do processo. E ainda, que o processo seja dirigido por um juiz imparcial e que a decisão tenha uma fundamentação adequada e apresente aceitabilidade racional, levando em consideração o esforço reconstrutivo e argumentativo das partes.

A análise da sanção que é a declaração da nulidade passa então por uma dupla ambivalência, pois a argumentação se pauta pela discussão do cumprimento de finalidade e não geração de prejuízo, ou do não cumprimento de finalidade e ocorrência de prejuízo. Ao mesmo tempo que a argumentação é ambivalente ela guarda uma codependência, pois se pode perquirir que não cumpriu a finalidade e portanto gerou prejuízo, ou, dito de forma inversa, gerou prejuízo e, portanto, não cumpriu sua finalidade. Ou seja, o binômio finalidade e prejuízo é indissociável.

Diante da presente proposta de revisão da teoria das nulidades, pretende-se desmistificar alguns pontos repetidos de forma reiterada nos julgados analisados no presente estudo.

O primeiro ponto controverso nos julgados analisado é o da distinção entre nulidade absoluta e relativa, bem como das conseqüências advindas de tal distinção como: a possibilidade de reconhecimento de ofício pelo juiz das nulidades absolutas; a preclusão temporal das nulidades relativas.

Para os instrumentalistas, que compreendem que o processo se volta para os escopos metajurídicos (DINAMARCO, 1998), as nulidades absolutas, definidas como de ordem pública, podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz. No instrumentalismo a teoria das nulidades é estruturada a partir de quatro princípios, propostos inicialmente por Dinamarco, Grinover e Cintra (2005, p. 352-353), que são a instrumentalidade das formas, o interesse, a causalidade e a economia processual. No presente estudo, adota-se posição diversa, que sustenta a discussão apenas na finalidade do ato e na ocorrência de prejuízo, como já apresentado.

Quando se distingue as nulidades entre absolutas e relativas, as primeiras objetivam garantir a ordem pública e as segundas o interesse das partes, como reiteradamente foi apresentado nos diversos votos analisados, em especial, dos Ministros Og Fernandes e Nilson Naves. Ou, então, que as primeiras desrespeitam normas constitucionais e as segundas normas infraconstitucionais (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO, 2007) como se pode também inferir pelo voto dos Ministros Jorge Mussi e Thereza Assis Moura.

Ao se discutir as nulidades sob o binômio finalidade e prejuízo não se admite uma gradação da nulidade, no sentido da existência de uma nulidade relativa ou absoluta. Tomada a noção de processo como garantia tem-se que: ou os princípios constitucionais foram garantidos e o ato não será irregular ou, se foram desrespeitados, discutir-se-á se houve, então, prejuízo. Logo, não se pode admitir gradação de nulidade, pois ou o ato é



nulo ou foi convalidado. Não há de se falar em “meia” nulidade, em ato mais ou menos certo. Em especial, no processo penal em que o processo é garantia do direito de liberdade do acusado não se pode dizer que a norma processual cumpriu parcialmente sua finalidade ou gerou parcial prejuízo.

A noção de interesse das partes e ordem pública como critério de distinção das nulidades relativa e absoluta é incompatível com o processo penal, que está sempre voltado ao respeito dos princípios constitucionais do processo e à garantia dos direitos fundamentais. Esse é um dos pontos que devem ser revisitados.

Certamente quando se refere a essa questão o sentido da nulidade como sanção se vincula à própria compreensão da garantia do processo no Estado Democrático de Direito. Que o processo não é fim em si mesmo, todos concordam. Logo, não se deve retornar ao formalismo do tipo liberal, da forma pela forma, do rito pelo rito. Mas não se pode reduzir o processo a mero instrumento, com importância secundária no processo penal, ante ao conteúdo da decisão justa. Nesse segundo caso, ao se sobrepor o conteúdo da decisão judicial às normas processuais, se chega ao anverso da moeda, que é o protagonismo judicial, do tipo social, ancorado no livre convencimento do juiz que buscou e achou a verdade real.

A história institucional do Supremo Tribunal Federal em matéria processual penal, em decisões dos últimos 10 anos, reconhece a importância da garantia do processo penal como um dos pontos da interpretação da Constituição. Nesse sentido, vale ressaltar as duas súmulas vinculantes relacionadas ao uso de algemas e ao acesso aos autos do inquérito policial pelo advogado do investigado, o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 595 do CPP, o novo direcionamento da ordem pública como critério para decretação da preventiva, a exigência de fundamentação que analise os fatos ensejadores da prisão. Ou como dito pelo Ministro Marco Aurélio no voto analisado no HC 103.525, processo penal é liberdade, logo as disposições sobre processo penal tem um sentido de garantia.

Retroceder nessa história é reconhecer o Estado de Polícia e não Estado de Direito, reconhecendo um retrocesso civilizatório como o apontado por Canotilho (ano) ao analisar a face do direito penal do inimigo e seu conseqüente emergencialismo.

Assim, processo penal é uma garantia constitucional do direito fundamental à liberdade. Portanto, nas normas processuais não existe ato que seja apenas de interesse das partes ou atos que seja de interesse público.

Quando nos acórdãos analisados se faz referência ao entendimento consolidado dos tribunais superiores que a inversão da ordem de oitiva de testemunhas entre a acusação e defesa é nulidade relativa, não se pode inferir que seja relativa a nulidade porque o interesse são das partes. Logo, quando em razão da ausência de uma ou duas testemunhas de acusação, que devem ser ouvidas primeiro no processo penal por uma questão de princípio, (pois aqui se rege pela presunção de inocência e pela ampla

defesa), ouvem-se as testemunhas intimadas e presentes da defesa, não é por interesse das partes. Pois, nesse caso esta preservando o próprio direito ao processo constitucionalmente garantido, inclusive que esse tenha uma duração razoável. Desconsiderando a boa-fé processual e usando um argumento da praxe forense penal que deve ser revisado, se fosse a questão um interesse das partes, seria interesse da defesa adiar o ato, pois não foi ela que deu causa à demora, assim, poderia dilatar o tempo do processo para se operar a prescrição. Logo, ouve-se as testemunhas de defesa por interesse público. Ou no marco proposto para essa análise, seria essa uma interpretação a melhor luz, pois considera os princípios constitucionais, na teoria das nulidades fica vinculado à verificação de prejuízo concreto da inversão e do cumprimento da finalidade do ato.

Ponto importante, portanto, é a noção de prejuízo que a nulidade como sanção sempre se vincula. Mas a noção de prejuízo não é uma questão retórica, mas, exige esforço argumentativo. Logo, deve-se avaliar o ato, discutindo no interior da estrutura procedimental, a finalidade do ato, sua justificação principiológica e por fim, o resultado do provimento jurisdicional até o momento e as situações processuais concretas que evidencia a ocorrência do prejuízo. Como o prejuízo se liga à finalidade, deve-se perquirir se a realização do ato nos moldes do modelo constitucional trariam vantagens processuais à parte afetada pela irregularidade?

O desrespeito a norma do art. 212 do CPP enseja a sanção da nulidade por gerar prejuízo e não cumprir a finalidade do ato?. A ocorrência da nulidade e a discussão do prejuízo não está em se o acusado foi ou não condenado, e se tal decisão não mudaria mesmo que o juiz de primeiro grau não fizesse as perguntas diretamente à testemunha. A irregularidade está em desprivilegiar o princípio acusatório, em não garantir a imparcialidade do juiz que produz prova e se predispõe a produzir um determinado resultado já dirigido a um prejulgamento (coutinho, ano). Logo, não se deve discutir retoricamente o prejuízo, quando a questão o precede, qual seja, análise da regularidade do ato conforme ao modelo constitucional do processo.

Assim, qual o sentido do texto do art. 212 do CPP que determina que as partes perguntem diretamente as testemunhas inquiridas? Porque essa disposição tem conteúdo constitucional envolvido? Não foi mera opção do legislador, mas sim o direcionamento da Constituição pelo princípio acusatório. Sua finalidade pode ser reconhecida pelo direito comparado, em especial, pela referencia ao processo penal italiano, com sua histórica proximidade com a tradição processual brasileira. Visa deixar a carga das partes as perguntas pois é delas o ônus da prova, em especial, da acusação e o juiz é o destinatário da prova, por que a ele juiz cabe a função constitucional de decidir. Logo, se muda a ordem e o juiz passa a perguntar primeiro tal finalidade se mantem ? Não, quando o juiz pergunta primeiro, deixa para a acusação perguntas secundárias, ou até mesmo, ela deixa de perguntar, pois tudo que acusação precisava comprovar ou contraditar na testemunha já foi feito pelo juiz. Se mesmo assim a acusação pergunta, objetivando apenas validar sua posição, não se pode reconhecer como

cumprimento de finalidade, pois é artificial a sua atuação como órgão acusador.

Ademais, a finalidade de garantir a imparcialidade do juiz não se trata de torná-lo uma estátua de pedra no processo. Isso porque nos limites da psicanálise, sabe-se que nenhum sujeito pode ser imparcial, pois perde seu caráter humano. Logo, discutir imparcialidade no processo em termos de racionalidade é relacioná-la à equidistância entre as partes. Se o juiz pergunta primeiro ele pode estar produzindo prova que desincumbi uma das partes. Pela lógica própria do direito penal que se refere à conduta criminosa, as perguntas seguem uma linha em que sempre se perquiri primeiro pela materialidade do fato e pela autoria da conduta, passando para os elementos do tipo, pela compreensão da ilicitude e pela culpabilidade. A primeira pergunta a testemunha nunca é sobre uso por parte do acusado de meio disponível para realizar a ação ou omissão do tipo. Será sempre sobre materialidade do fato. Logo a aproximação com a acusação se dá por conseqüência lógica e não por presunção.

Fica ainda mais fácil a demonstração do prejuízo quando em razão das perguntas do juiz feitas em primeiro lugar esse reconhece a emendatio libelli( art.383 do CPP) em sentença. Se a percepção de uma nova classificação jurídica para o fato se dá em razão da pergunta feita pelo juiz, não se garante a imparcialidade, seja como equidistância seja como proibição de pré-julgamentos.

Nos fundamentos dos votos analisados nesse estudo, faz-se referencia a uma situação processual considerada semelhante: trata-se da inversão da ordem de oitiva de testemunhas da acusação e defesa. As testemunhas da acusação são ouvidas primeiro que as da defesa em razão do principio da ampla defesa. É uma garantia portanto do processo penal, decorrente de sua interpretação a partir de princípios. Essa é inclusive a posição do STF como nos seguintes julgados: HC 75.345-1/MS, MS 25.647/DF e HC 87.297 MT. Nesse último julgado, relativo a uma ação penal que tramita junto ao STF, foi reconhecido que não se pode expedir ao mesmo tempo cartas de ordem para inquirição de testemunhas da acusação e defesa. Como tratam os três acórdãos referenciados, a inversão da ordem de oitiva de acusação e defesa pode ser admitida de forma excepcional, por economia processual, desde que não gere prejuízo à defesa.

Logo, se em uma audiência de instrução e julgamento, nos termos do art. 400 do CPP, em razão da ausência de uma testemunha de acusação decide ouvir as testemunhas de defesa que estão presentes. Quando ao ouvir a testemunha de defesa elas disserem que não conhecem o acusado, não haverá prejuízo algum ouvi-las primeiro. Porém se depois de ouvidas as testemunhas de defesa, ao se inquirir a testemunha de acusação, essa faz referencia à fatos que precisam ser submetidos às testemunhas da defesa, para eventual contraprova, haverá assim prejuízo. Logo, para garantir a plenitude da defesa, deve-se reinquirir a testemunha de defesa. Se o juiz assim não proceder deve-se reconhecer a nulidade.

Há grande diferença entre essa inversão entre acusação e defesa e a discussão dos julgados relativos ao respeito ao art. 212 do CPP, é que o STF não admite como possível que um juiz decida *a priori* que primeiro ouviria as testemunhas de defesa e depois as da acusação. Nesse caso, o juiz muda a ordem por uma questão fática específica.

Contudo, a situação que gerou as reclamações do Ministério Público do Distrito Federal não são iguais a essa analisada, pois o juiz não decidiu perguntar primeiro em razão de uma situação excepcional. Diverso seria, se ao iniciar a audiência decidiu fundamentadamente, que em razão do temor da testemunha e da vítima externado, passa a inquirir primeiro, ou ainda, que para manter a ordem na sala de audiência, em razão de acalorada discussão entre as partes, decide perguntar primeiro. Tais situações seriam excepcionais, como a decisão de inverter a ordem da oitiva de testemunha de acusação e defesa.

Mas não fora isso que aconteceu no caso, pois o juiz iniciava perguntando à testemunha por entender que o art. 212 é mero preciosismo. Não tratava a questão como uma excepcionalidade. Ou então, deveria o juiz declarar inconstitucional a norma do art. 212 do CPP, para justificar não cumprir a lei. Certamente, não se esta aqui a justificar a rigidez interpretativa própria do positivismo jurídico, mas também não se pode autorizar o juiz a descumprir a determinação de uma garantia específica do processo penal, e que seu descumprimento gera uma nulidade relativa, pois essa interpretação não se vincula aos princípios constitucionais.

Quanto à preclusão temporal da argüição da nulidade pelas partes cabe aqui uma importante revisão. Certamente, ao se admitir que as nulidades não são mais classificadas entre absolutas e relativas, já que toda nulidade precisa ser vinculada ao prejuízo e à finalidade, pode sua análise precluir? Qual seria o momento oportuno para as partes argüirem o desrespeito ao art. 212 do CPP? Quando se divide as nulidades como absolutas e relativas, as primeiras não precluem para a defesa, apenas para a acusação se não forem argüidas no recurso de apelação, nos termos da súmula 160 do STF. Já as nulidades relativas tem uma disciplina diferente que estava prevista no artigo 571 do CPP, que se mantem ainda com a redação de 1941. Se eles forem adaptados às mudanças decorrentes da reforma parcial de 2008, pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008, seriam as alegações finais orais no procedimento ordinário o momento para a sua argüição. Contudo, cabe ainda uma análise.

A introdução no processo penal da audiência de instrução e julgamento, enseja a concentração de atos de instrução e julgamento. Quando se utiliza de tal técnica de concentração de atos como consequência as decisões interlocutórias tomadas em audiência são irrecorríveis como assevera Ovídio Baptista da Silva (p 54). Nesse caso a impugnação na decisão ou será feita em preliminar no recurso de apelação, ou em recurso de agravo, que não há no processo penal.

Analisando o caso da Reclamação junto ao TJDF o promotor argüiu a

questão antes do ato se realizar, logo não se discutiria a preclusão. Outra, contudo, foi a situação do Habeas Corpus decidido pelo STF, em razão de ato do juiz da comarca de Olinda, Pernambuco, pois no procedimento da Lei 11.343/2006 já se previa a AIJ. Exigir que a defesa manifeste o desrespeito ao art. 212 do CPP em alegações finais orais é impedir que ela demonstre o prejuízo, pois não sabe como a prova testemunhal será avaliada na fundamentação da decisão. O prejuízo não é demonstrável nem mesmo presumível, pois não se sabe como as perguntas feitas pelo juiz antes das partes serão consideradas pelo próprio juiz na sentença. Logo, seria mais adequado reconhecer a possibilidade de argüir na preliminar de apelação em razão da concentração em um único ato da instrução e do julgamento. No caso concreto analisado pelo Supremo, a defesa optou por não discutir isso na apelação mas sim em um Habeas Corpus, meio processual usado no Brasil como sucedâneo recursal, para decisões irrecuráveis, ante a ausência do agravo como meio processual de impugnação de decisões interlocutórias.

Assim, no marco proposto para esse trabalho uma releitura da teoria das nulidades deve delimitar a questão da preclusão vinculando-a ocorrência e verificação do prejuízo. Pois não se pode impor uma sanção como a preclusão à parte se ela não pode no momento definido pela lei processual ainda evidenciar o prejuízo concreto aos seus direitos e garantias.

Com base na revisão da teoria da nulidade proposta no presente estudo pode-se consignar que a decisão dos casos apresentados em uma interpretação na melhor luz deveria evidenciar alguns pontos.

Nos casos das reclamações apresentadas ao Tribunal de Justiça do distrito Federal pelo Ministério Público deve-se reconhecer a irregularidade da decisão do juiz que resolve perguntar primeiro a testemunha, por contrariar a interpretação do art. 212 do CPP a partir do princípio acusatório. Quanto ao cumprimento da finalidade do ato e a evidencia do prejuízo, fica claro que fazer as perguntas primeiro que as partes o juiz esvazia o cumprimento do ônus da prova da acusação, fragilizando assim a presunção de inocência e a imparcialidade que se pretende garantir com a nova metodologia para inquirição das testemunhas. Se não cumpre a finalidade do ato, substancialmente a garantia do processo, o prejuízo na hipótese de condenação se evidencia quando os fatos reconstruídos no processo a partir do direto direcionamento de perguntas do juiz forem a base para a fundamentação da decisão, pois fica assim explicitado que o órgão de acusação não cumpriu com sua missão constitucional e sendo se ônus da prova atenuado pela atuação judicial ao perguntar e que influencia por consequência o convencimento daquele que da a ultima palavra no processo, o juiz. No caso em específico da Reclamação antes mesmo da realização do ato irregular a parte provocou o juiz para decidir sobre o cumprimento da norma disposta no art. 212 do CPP, não podendo assim se discutir sobre a preclusão.

Já no caso do habeas corpus da comarca de Olinda, Pernambuco houve sim a irregularidade pois a disposição do art. 212 do CPP não se aplica apenas ao procedimento ordinário, mas rege toda instrução de prova testemunhal.

Assim, há que se perquerir sobre a finalidade do ato, como exposto acima, fundada na compreensão do princípio acusatório e na distribuição do ônus da prova no processo, ao passo que o prejuízo deve ser avaliado pela influência das respostas dadas às perguntas do juiz e sua utilização na fundamentação da decisão, fato que não fora analisado no Habeas Corpus, que pressupõe que nunca há prejuízo, se muda-se a ordem de oitiva. Já no que concerne a preclusão verifica-se que a parte somente poderia verificar a ocorrência de prejuízo após a prolação da sentença, para verificar se as provas produzidas pelo juiz foram significativamente usadas na fundamentação, prejudicando assim a garantia da equidistância. Desta feita, a provocação feita por meio de Habeas Corpus ou apelação no caso seria a primeira oportunidade de manifestação da parte após a ocorrência do prejuízo, o que evidenciaria a boa-fé processual da parte e a arguição em tempo oportuno da nulidade.

O caso da discussão do art. 212 do CPP parece merecer decisão que analisa a mudança a partir de uma interpretação da Constituição, pois senão haverá sempre um caminho interpretativo mais fácil voltado na tradição inquisitiva que se pretende combater. A análise feita nessa pesquisa a partir da Reclamação junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal pode colocar alguns questionamentos sobre essa questão. No Tribunal do Distrito Federal mesmo não se reconhecendo a nulidade em razão da ausência de prejuízo por descumprimento da norma do art. 212 do CPP, a decisão julgou parcialmente procedente a reclamação determinando que nas futuras audiências no processo em exame deve-se cumprir a norma do art. 212 do CPP.

No caso não se trata de uma determinação do tipo disciplinar para que o juiz cumpra a norma nova, mas tem o condão de reconhecer que a teoria das nulidades está sendo usada para descredenciar a nova normatividade, fazendo com que as normas procedimentais sejam interpretadas arbitrariamente pelo juiz a partir do seu posicionamento pessoal sobre a norma. Sob o argumento de que a vontade da norma não está vinculada à vontade do legislador não se pode dar qualquer interpretação possível às normas constitucionais mas sim a interpretação adequada à Constituição.

Logo, ante à mudança dos precedentes do STJ espera-se que o Supremo Tribunal Federal analise melhor situações processuais semelhantes para reconhecer que a garantia do princípio acusatório, da presunção de inocência e da imparcialidade não seja afastados, que o sentido constitucional do art. 212 do CPP é dar à parte o direcionamento da produção da prova em razão do ônus probatório. Reconhecer as bases constitucionais do art. 212 do CPP é ponto importante para acabar com uma discussão que se apresenta como resistência aos rumos constitucionais da legislação processual penal reformada.

## **Considerações Finais**

A noção de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais exige novas reflexões a respeito do processo, em razão de seu papel

legitimador no Estado democrático de direito, que garante a participação do cidadão como sujeito de direitos, atuando, simultaneamente, como autor e destinatário das normas jurídicas.

Logo, a reflexão sobre teoria do processo não pode se limitar às suas heranças privatistas próprias da relação jurídica, devendo ser revista em termos de estrutura procedimental que garanta a construção participada do provimento, em uma releitura própria da teoria fazzalariana.

Mas como garantia constitucional o processo deve ser visto a partir de seus princípios constitucionais, que definem um esquema geral de processo, o modelo constitucional de processo.

Tal modelo se define por uma base principiológica uníssona que se sustenta pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões. O modelo constitucional de processo permite rever a teoria das nulidades, retirando delas suas interferências liberais como a distinção entre nulidade de ordem pública e relativa a interesse das partes, ou mesmo, uma visão socializadora e utilitarista definida pela mera preocupação em se economizar o tempo do processo e permitir ao juiz uma atuação solitária a fiscalizadora da realização dos escopos metajurídicos do processo.

Assim, pretendeu-se rever a teoria das nulidades para demonstrar que a nulidade é uma sanção, consequência da garantia do controle dos atos processuais pelos autores do ato, quando a desconformidade com o modelo normativo (ato irregular) gerar prejuízo, entendido este como o desrespeito às garantias constitucionais e a não concretização da finalidade do ato processual.

Neste diapasão, não há possibilidade de se estabelecer gradações entre as nulidades, admitindo uma sanção parcial se o ato desrespeita relativamente o modelo constitucional de processo.

Mais que um interesse teórico a revisão da teoria das nulidades no sentido de convergência com o modelo constitucional de processo tem importantes aplicação para o momento legislativo processual brasileiro, em que se vem a mais de décadas sofrendo com intermináveis reformas da legislação processual.

## **Referências Bibliográficas**

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale Del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães Barros. *(Re)forma do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

\_\_\_\_\_ O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da constituição *in Constituição e Processo*. Org. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009 b.

\_\_\_\_\_ O princípio da imparcialidade a partir da compreensão do modelo constitucional de processo *in* Processo e Constituição. Org. Humberto Theodoro Júnior, Petrônio Calmon, Dierle Nunes. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p 355-368.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, tomo II, 1938.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*. 2ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 21 ed, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A CONTRIBUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA AO PROCESSO PENAL INQUISITÓRIO BRASILEIRO. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.). *CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: a contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni de diritto processuale*. Padova, CEDAM, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Felipe D. A. Nulidade na oitiva de testemunhas: por uma interpretação conforme do art. 212 do CPP *in* *Revista liberdades*, n.6, 2011 ( *aceito para publicação*).



NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed.; 2006.

STRECK, Lenio Luiz . Novo Código de processo Penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 117-140, 2009.

VALLE FERREIRA. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, outubro de 1963, p. 29,38.