

## VALE TUDO?

**Marcos Augusto Ramos Peixoto**  
Juiz de Direito

Dispõe o artigo 212 do Código de Processo Penal e respectivo parágrafo (grifei):

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

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

Tais dispositivos, frutos da reforma processual penal de 2008, em alguns Juízos e Cortes deste país não frutificaram como deveriam – na realidade, lamentavelmente não surtiram quaisquer efeitos, restando como letra morta em grande parte por decorrência de uma equivocada jurisprudência que, importando acriticamente para o processo penal institutos do processo e do direito civil, sustentam existir no caso de desrespeito àqueles ditames mera irregularidade ou nulidade relativa, impassível, por outro lado, de reconhecimento de ofício em não havendo oportuna alegação de prejuízo.

Com a devida vênia, não comungamos deste entendimento.

O disposto no artigo 212 e parágrafo do Código de Processo Penal guarda consonância, primeiramente, com o **princípio acusatório**, que veda a iniciativa probatória do órgão jurisdicional impondo a este uma equidistância das partes, competindo ao Ministério Público o ônus **integral e exclusivo** de comprovar a tese acusatória objetivando vencer a presunção de inocência já que, do contrário, será impositiva a absolvição.

Não há como, portanto, diante deste princípio **de natureza constitucional**, o Judiciário tomar a iniciativa para, substituindo a atividade que concerne à parte, produzir ele próprio qualquer prova que tenda a fragilizar a presunção de inocência, sendo o dispositivo processual acima citado suficientemente **claro** (e está em pleno vigor! Ou não? E se está, é relevante! Ou não?) ao dispor que **as partes iniciam as perguntas** que poderão ser **complementadas** pelo Juiz e, mesmo assim, tão-só **quanto aos pontos não esclarecidos**.

Gustavo Badaró afirma:

O art. 212, caput, prevê que 'as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente às testemunhas [...]'. E o parágrafo único prevê que: "Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição". As expressões "pontos não esclarecidos" e "complementar" deixam claríssimo que não cabe ao juiz a inquirição inicial, que é atribuída às

partes, no caput do artigo. As partes perguntam diretamente e as testemunhas respondem. Se das respostas restar algum ponto não esclarecido, o juiz complementar a indagação. Ora, complementar a inquirição exige, naturalmente, que já tenha havido uma indagação inicial, no caso, das partes. Assim sendo, à luz da nova sistemática do art. 212 do CPP, é inadmissível a praxe de muitos juízes que insistem em iniciar a inquirição das testemunhas, permitindo que, depois, mediante reperguntas, as partes complementem a inquirição. O procedimento probatório é exatamente o oposto (BADARÓ, Gustavo, Processo Penal, São Paulo:Elsevier, 2012, pág. 323).

Não procedendo desta forma, viola o órgão judicial o sistema acusatório, o que por si só é bastante para o reconhecimento de nulidade por se tratar, repita-se, de **princípio constitucional** – e da violação à Constituição Federal não pode haver outro caminho senão o da **plena nulidade**.

Mas também resta violado outro princípio constitucional, qual seja, o do **devido processo legal** enquanto **garantia fundamental do cidadão**. Vale lembrar: dispõe o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal que **“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”**.

Para se privar alguém de sua liberdade o processo penal há de ter seguido seu curso **legal e devido**, não o ilegal ou indevido (assim caracterizado como aquele levado à efeito a partir de entendimento que afronte **claramente** o que dita a lei como sendo o ato processual adequado e aplicável, abrindo margem ao voluntarismo judicial e a decisionismos – o assim chamado “solipsismo judicial”, por Lenio Streck, como se verá adiante – que podem redundar, factualmente, na existência de um processo penal em cada gabinete judicial, abrindo caminho a coisas ainda piores tais como a aplicação de regimes de pena inexistentes, prisões com objetivos outros que não os estritamente cautelares, conduções coercitivas de investigados sem prévia intimação, publicização de provas processuais apesar de expressa vedação legal e etc.).

Logo, se a lei, de forma **crystalina**, dita que as partes iniciam a arguição às testemunhas e o juiz poderá **complementar** a inquirição especificamente sobre pontos não esclarecidos, a violação a tal ditame implica na ocorrência de **indevido processo ilegal** que, por óbvio, não atende à exigência **constitucional**.

Lembremos que **forma é garantia**. Para que haja uma condenação as provas precisam ser admissíveis e produzidas lícitamente, sendo uma ou outra violação ensejadora de nulidade. Não sendo observadas pelo órgão judicial aquelas exigências constitucionais e legais estamos evidentemente diante de **prova produzida ilicitamente**, cuja nulidade é forçosamente **absoluta** por violação a ditames constitucionais, **cláusulas pétreas** definidoras de **direitos fundamentais** do cidadão, sendo de todo incabível a importação para o processo penal da teoria das nulidades relativas.

Sequer se diga, portanto, como pretende certa jurisprudência, que o réu deveria alegar/comprovar prejuízo a fim de ser reconhecida a nulidade, até porque, à toda evidência, se uma **condenação** à pena privativa de liberdade com base em prova produzida em desconformidade com os princípios acusatório e do devido processo legal não é **prejudicial em si mesma**, não saberia então dizer este juiz o que seria...

O posicionamento aqui adotado já foi objeto de análise e acolhimento pelo **Supremo Tribunal Federal**, como se percebe do seguinte aresto:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO. ARTIGO 121 DO CÓDIGO PENAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. ORDEM DEFERIDA PARCIALMENTE PARA DECLARAR INSUBSISTENTE A OITIVA DAS TESTEMUNHAS. (HC 111815, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 09-02-2018 PUBLIC 14-02-2018)

Diante da – com a devida vênia – vagueza da ementa do r. aresto, vale recorrer aos debates travados em Plenário para compreender a extensão do julgado (vale ressaltar, a bem da verdade, que no caso concreto houve expressa impugnação da defesa à ordem de inquirição no ato da oitiva). Vejamos:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Marco Aurélio, só para eu entender. Normalmente o juiz faz perguntas complementares depois das perguntas das partes?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Depois da reforma; antes era presidencial, era o juiz mesmo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Certo. Portanto, aqui, a insurgência é contra a Juíza ter formulado as perguntas anteriormente às partes. Essa ordem dos fatores altera o produto?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Altera.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu estou conversando verdadeiramente, para ouvir opinião.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Altera substancialmente.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu fiz milhares de audiências como promotor criminal, altera substancialmente a correlação de forças. Na verdade, dependendo de como é o magistrado instrutor, ele ignora, depois, totalmente as outras perguntas é já, como se fosse um ato... Não era nem presidencial antes, era ditatorial.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se for assim, fará diferença.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Ministro, fica difícil para o Estado-juiz, iniciando o interrogatório, manter a equidistância. Eis a razão de ser da norma do artigo 212 do Código de Processo Penal.

(...)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Assento a nulidade, porque a consequência da transgressão da lei, presente a organicidade do processo, é a nulidade.

Embora não mais seja seu entendimento atual, neste mesmo sentido já se posicionou o **Superior Tribunal de Justiça**:

HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO.

SISTEMA PRESIDENCIALISTA ADOTADO. 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. 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, como na hipótese vertente.

3. 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.

(HC 145.182/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 10/05/2010)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RECEPÇÃO, TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. NULIDADE. EXEGESE DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/08. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A nova redação dada ao art. 212 do Código de Processo Penal, 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. Caracterizado o constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do habeas corpus, quando o Tribunal, afastando preliminar defensiva em sede de apelação, admite que houve a inversão na ordem de formulação das perguntas.

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 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 Código de Processo Penal.

(HC 180.705/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011)

Em sentido idêntico também já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

0064363-66.2011.8.19.0014 - APELAÇÃO

DES. SERGIO DE SOUZA VERANI

Julgamento: 10/04/2014

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

PORTE ILEGAL DE ARMA. (ART.14 DA LEI 10.826/03). INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 212, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.690/2008. OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO (ART. 129, I, CRFB) E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LIV, DA CRFB). INDEVIDA MENÇÃO POR PARTE DO JUIZ SOBRE O SILÊNCIO DO ACUSADO. VIOLAÇÃO AO ART. 186, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. PROVA ILEGÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. Determina o art. 212, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/08, que as testemunhas serão perquiridas diretamente pelas partes, facultado ao magistrado complementar a inquirição sob os pontos não esclarecidos. Se houve inversão no referido ato, violados o sistema acusatório e o devido processo legal. "O que se desenha agora é que a coleta da prova se faça de forma direta, nos moldes acusatórios, em que o juiz assume uma posição de espectador e não de ator, completamente diverso do ritual inquisitório ainda em voga, onde o juiz 'extraí' o depoimento e, depois

disso, deixa o que 'sobrar' para que o acusador e defesa perguntem." (Aury Lopes Jr.). Se o acusado, por ocasião do interrogatório, se reserva ao direito constitucional de permanecer calado, e o juiz, na sentença e na transcrição do depoimento do réu, afirma "que perguntado várias vezes por que ao ver a viatura entrou no barraco abandonado que segundo o interrogando se trata de um terreno e logo em seguida saiu do mesmo, o interrogando ficou extremamente reticente e não soube responder", "o que demonstra claramente que sua tese é inverídica", é nulo o julgamento, por violação ao art. 186, caput, e parágrafo único do CPP. E a prova assim colhida torna-se ilegítima, inidônea para fundamentar a condição. Mesmo dessa prova produzida irregularmente não se vê demonstrada a imputação. Nem um nem outro policial "viu o réu dispensar arma" e "não viu a arma em poder do réu no momento da fuga." A narrativa da denúncia -"o denunciado portava um revólver calibre 38"- fica deseparada nos autos. Recurso provido.

Não são poucas as situações na atualidade em que o que se busca é “**meramente**” (notem as aspas por favor...) o cumprimento **do que está escrito**, portanto, da **literalidade** da lei, sobretudo quando esta guarda absoluta e evidente consonância com os princípios constitucionais – Lenio Streck tem se batido quase que diariamente em torno deste tema que lhe é caro – e deveria ser a todos – sustentando:

Decisões não podem ser teleológicas. Decisões não podem ser segundo a consciência ou segundo políticas, ideologias, etc. Cada um de nós, assim como o juiz, possui subjetividades, desejos, etc. Mas a decisão deve advir de uma suspensão dos pré-juízos. Caso contrário, cada decisão será... criação de direito. Será a instituição de um grau zero de sentido, dependente do pensamento individual, subjetivista-solipsista, teleológico-consequencialista. Direito é mais do que isso. É garantia. Por isso temos princípios. Que são padrões. Que são normativos. Mesmo que atrapalhem o tráfego. Ou que descontentem a mídia ou a moralidade média (sic) da sociedade. (STRECK, Lenio Luiz, *O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte*, na internet em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>, consultado em 01 de setembro de 2015).

É necessário ressaltar, agora sob outro prisma, que ao não se acolher o entendimento aqui adotado paulatinamente irá a nobre instituição do Ministério Público perdendo, para certos magistrados menos afeitos à Constituição, funções que são **essencial e eminentemente suas**, por força de **ditames constitucionais** que firmam o princípio acusatório e a indispensável equidistância do magistrado em relação às partes com afastamento da atividade probatória, a ponto de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa terem decretado “*a dispensabilidade do Ministério Público diante do juiz-faz-*

*tudo*”, título de artigo que merece ser lido e no qual se encontra a seguinte precisa afirmação:

Infelizmente o reducionismo da discussão faz com que se mantenha hígida a cultura inquisitória e se dê o golpe final no artigo 212. Não precisamos mais sequer de acusadores, já temos um juiz-faz-tudo. Resta perguntar: ele faz-tudo para quê? Não poderíamos acabar com o Ministério Público e gastar somente com um personagem no processo, afinal de contas, ele pode tudo? Os limites democráticos não aceitam, mas quem deveria controlar, simplesmente faz ouvidos moucos (LOPES Jr, Aury e ROSA, Alexandre Morais da, *A dispensabilidade do Ministério Público diante do juiz-faz-tudo*, na internet em <http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/limite-penal-dispensabilidade-ministerio-publico-diante-juiz-faz-tudo>, consultado aos 01 de setembro de 2015).