

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Larissa Sozo

O MODELO ATUAL DE INQUIRÇÃO DE
TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL E A NULIDADE
DECORRENTE DE SUA VIOLAÇÃO: UMA ANÁLISE
ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO OPERADA PELOS
TRIBUNAIS BRASILEIROS

Passo Fundo

2016

Larissa Sozo

O MODELO ATUAL DE INQUIRÇÃO DE
TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL E A NULIDADE
DECORRENTE DE SUA VIOLAÇÃO: UMA ANÁLISE
ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO OPERADA PELOS
TRIBUNAIS BRASILEIROS

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Me. Daniel da Silveira Menegaz.

Passo Fundo

2016

Dedico este trabalho à minha irmã Paula (*in memoriam*), fonte de inspiração e força e de quem eu sinto uma enorme saudade. Espero ter realizado seu sonho ao realizar o meu.

Agradeço aos meus pais Volmir e Laura e a minha irmã Rafaela, que me deram toda a estrutura de que sempre precisei, além do amor, carinho e compreensão necessários. Vocês são meus exemplos e por quem eu desejo a cada dia ser uma pessoa melhor.

Agradeço ao meu namorado Felipe, aos meus avós José e Graciosa e aos meus tantos e queridos tios (as) e primos (as), pelo apoio fundamental e ajuda incansável, cada qual a sua maneira. Com muito carinho reconheço a participação e torcida de vocês para o meu sucesso. Espero poder retribuir tanto amor.

Agradeço aos meus amigos e colegas de faculdade, bem como aos meus amigos, colegas e chefias de estágio, com quem tive o privilégio de conviver e aprender. Vocês tornaram minha jornada acadêmica muito mais feliz e completa. Graças a vocês todos os dias, dos últimos cinco anos, valeram a pena.

Agradeço Isadora Conte Tibolla, Marina Bordin, Emanuele da Silva Ross, Marina Parizotto, Sarah Regina Freiberg e Milena Dalmolin, que mais do que amigas, foram verdadeiras companheiras de jornada. A amizade de vocês foi a melhor coisa que conquistei na faculdade. Desejo que continuem fazendo parte da minha vida.

Agradeço aos professores Gabriel Antinolfi Divan, Luiz Fernando Kramer Pereira Neto, Orlando Faccini Neto, Juarez Mercante, Marlova Stawinski Fuga, Vitor Ugo Oltramari, José Mello de Freitas e Nadya Regina Guzela Tonial, que além dos ensinamentos jurídicos me ensinaram lições de vida e foram o diferencial da minha graduação. É um privilégio ter assistido as suas aulas. Vocês sempre serão lembrados com muita admiração.

Agradeço ao meu orientador, professor Me. Daniel da Silveira Menegaz, pelas boas ideias que tornaram este trabalho mais completo e, principalmente, por ter acreditado, desde o início, no meu potencial.

Por fim, agradeço a Deus por ter colocado todas essas pessoas maravilhosas em minha vida, por ter me dado tantas oportunidades de crescimento e aprendizagem, por sempre guiar minhas escolhas e me acompanhar no transcurso dessa trajetória.

“Falta-nos educação cívica e não leis preventivas e processuais. Porém, como a civilização de cada povo e a sua cultura não se sedimentam na consciência social por imposição de artigos e parágrafos nem de recomendação livresca, mas sim através de ritmos sociológicos, refletimos inconscientemente o que somos, dentro da falibilidade das coisas”.

Jayme de Altavila

RESUMO

O presente estudo analisa a forma como deve ocorrer a inquirição testemunhal em audiência, frente às disposições estabelecidas pelo artigo 212 do Código de Processo Penal, a partir da sua alteração, que ocorreu com a reforma de 2008. A partir disso, objetiva-se verificar se os argumentos utilizados pelos tribunais brasileiros, para decidir sobre nulidade, nos casos de violação ao método de colheita da prova testemunhal são apropriados ou se tratam de uma falácia que está relativizando as nulidades. A temática desvela-se pertinente, uma vez que, apesar de passados alguns anos desde a inovação legislativa, a questão ainda é uma insurgência recursal bastante verificada na prática, sendo que não há consenso entre a doutrina e a jurisprudência sobre tal assunto. A fim de averiguar se as decisões sobre o tema se coadunam com os princípios e garantias constitucionais, utilizou-se o método de procedimento monográfico e o método de abordagem dialético. Assim, da pesquisa jurisprudencial, depreende-se que tem prevalecido o entendimento de que a nulidade decorrente da inobservância à forma estabelecida para produção da prova testemunhal em juízo é relativa, de modo que para o seu reconhecimento é necessário que a parte que arguiu a nulidade demonstre o efetivo prejuízo suportado, o que praticamente nunca é possível de se fazer da forma como exigido. Logo, constata-se que o artigo 212 do Código de Processo Penal, atualmente, é uma norma vazia, cujo desrespeito não gera nenhum efeito e que tal relativização é inapropriada, pois fere diversas garantias constitucionais como a imparcialidade, o princípio do devido processo legal e o sistema acusatório.

Palavras-chave: Nulidades. Prejuízo. Prova Testemunhal. Relativização. Sistema Acusatório.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	A PROVA PENAL À LUZ DA DESCONSTRUÇÃO DA VERDADE, SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA RELAÇÃO COM OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	10
2.1	Análise introdutória acerca da prova no processo penal brasileiro, sob o viés da desconstrução da verdade	10
2.2	Ponderações sobre os princípios constitucionais atinentes à produção probatória... 15	
2.3	Breve explanação a respeito dos sistemas processuais penais e sua relação com a atividade probatória	24
3	A PROVA TESTEMUNHAL - SUA REGULAMENTAÇÃO, SUA IMPORTÂNCIA E O MODELO ATUAL DE INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO, COMPREENDIDOS A PARTIR DA IDEIA DE SUA FRAGILIDADE COMO MEIO DE PROVA.....	29
3.1	A prova testemunhal: lineamentos teóricos e práticos sobre sua regulamentação e importância	29
3.2	A fragilidade do testemunho como meio de prova apto a influenciar diretamente no julgamento ante alguns fatores de contaminação	37
3.3	O modelo atual de inquirição de testemunhas e a controvérsia acerca da interpretação do artigo 212 do Código de Processo Penal	44
4	AS NULIDADES PROCESSUIAS PENAIS E A IMPERTINÊNCIA DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS ATUALMENTE, PELOS TRIBUNAIS, PARA DECIDIR SOBRE NULIDADE NOS CASOS DE INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS	50
4.1	A teoria das nulidades no processo penal brasileiro de acordo com a dogmática tradicional	51
4.2	O entendimento doutrinário e jurisprudencial em relação à nulidade decorrente da violação à forma estabelecida para inquirição das testemunhas em juízo	59
4.3	A impropriedade da relativização e do prejuízo como argumentos utilizados para fundamentar as decisões que tratam de nulidade	70
5	CONCLUSÃO	79
	REFERÊNCIAS.....	83

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa como a arguição de nulidade por inversão da ordem de perguntas na audiência em que se realiza a oitiva de testemunhas é tratada nos Tribunais Superiores brasileiros, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, frente à alteração legislativa provocada pela Lei n. 11.690/2008, que modificou a dinâmica estabelecida para inquirição das testemunhas em juízo, no processo penal. Em especial, a discussão é voltada para a averiguar o acerto ou erro da prestação jurisdicional, no aspecto de sua motivação, isto é, busca-se verificar a legitimidade das decisões dos tribunais que têm relativizado a referida nulidade. Não interessa ao estudo saber o direcionamento da decisão, se no sentido de condenar ou absolver o réu, e sim verificar se os fundamentos jurídicos e legais utilizados se coadunam com os princípios e garantias constitucionais.

Escolheu-se estudar sobre a ocorrência de nulidade por vício na coleta da prova testemunhal, em razão da falta de uniformidade no tratamento dessa matéria, tanto em nível doutrinário, quanto jurisprudencial, bem como porque essa questão é uma das insurgências recursais mais recorrentes desde a reforma do Código de Processo Penal, ocorrida em 2008. Ademais, examinar o assunto é de suma importância, uma vez que a preservação dos direitos e garantias fundamentais está visceralmente ligada às nulidades processuais, ao mesmo tempo em que a oitiva testemunhal consiste no meio de prova mais utilizado na prática penal.

Objetiva-se analisar a prova penal, seus princípios constitucionais e sua relação com os sistemas processuais penais; compreender estritamente a prova testemunhal, sobretudo, o modelo atual de inquirição de testemunhas adotado no processo penal brasileiro. E, ainda, discorrer sobre as nulidades processuais penais e a pertinência dos argumentos utilizados, atualmente, para decidir sobre nulidade da prova testemunhal.

Com efeito, a presente pesquisa busca investigar se: os argumentos utilizados pelos tribunais brasileiros, para decidir sobre nulidade, nos casos de inversão do método de inquirição da prova testemunhal, são apropriados ou se tratam de uma falácia que está relativizando as nulidades?

Buscando encontrar uma a resposta à problemática, utilizou-se o método de procedimento monográfico, mediante análise do material já publicado sobre o tema. Justifica-se tal opção, pois se pretende buscar um ponto comum entre as respostas apontadas pela doutrina e pela jurisprudência. De outro modo, na abordagem, elegeu-se por método o dialético,

posto que melhor se adapta ao tema proposto. Tal método admite que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, político, econômico, etc. e se configura por investigar, discutir e debater, através de opiniões e do fenômeno da contradição, a realidade, que está em constante alteração.

Para a melhor organização e compreensão do trabalho, o estudo se estabeleceu em três momentos distintos. Em um primeiro momento serão apresentados aspectos gerais no que concerne à questão probatória no processo penal brasileiro, dando-se ênfase à finalidade da prova e a conseqüente ideia de abandono pela busca da verdade. Também serão identificados alguns dos princípios constitucionais relacionados com a produção probante e os sistemas processuais penais existentes.

Posteriormente, no segundo capítulo, far-se-á uma abordagem específica sobre a prova testemunhal, a partir da compreensão da fragilidade desse meio probatório. Após, será traçada uma explanação sobre a postura do magistrado no modelo de inquirição de testemunhas, estabelecido no artigo 212 do Código de Processo Penal, denominado de *cross-examination*, bem como acerca da discussão em torno da correta interpretação do aludido dispositivo legal.

Por fim, o terceiro e último capítulo abrange o estudo das nulidades em si. De início será versado sobre a necessidade de um procedimento formalizado, esclarecendo a teoria das nulidades da forma como proposta pela doutrina tradicional. Na sequência, far-se-á a análise da jurisprudência relacionada aos casos de arguição de nulidade por violação da forma estabelecida pelo artigo 212 do Código de Processo Penal. E, finalmente, chega-se ao cerne principal do estudo: verificar se os argumentos utilizados pelos tribunais brasileiros possuem fundamentos apropriados ou se tratam de sofismas. Ainda, será exposta a perspectiva que se entende ser a mais adequada para o tratamento da matéria.

Assim, a ambição em realizar essa pesquisa não é esgotar as considerações acerca do assunto, muito pelo contrário, ao revés disso, pretende-se contribuir para o desenvolvimento da temática e estimular os estudiosos a continuar debatendo a questão. Aliás, vale ressaltar que o presente estudo não é, nem jamais teve como pretensão, a mera constatação do tipo de nulidade decorrente da inversão na ordem de colheita da prova testemunhal. Para além de uma simples análise doutrinária e jurisprudencial do aludido assunto, pretende-se fazer com que sejam repensados os institutos da prova testemunhal e das nulidades processuais penais, bem como contribuir na busca por uma jurisdição de qualidade, na qual as decisões judiciais se constituam tendo por base os princípios constitucionais, o sistema acusatório e o abandono da busca pela

verdade através do processo penal. Significa dizer, não se busca com esse trabalho apenas a crítica pela crítica, mas a crítica também pelas perspectivas pragmáticas de transformação que ela pode gerar.

2 A PROVA PENAL À LUZ DA DESCONSTRUÇÃO DA VERDADE, SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA RELAÇÃO COM OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.

“A arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”.

Jeremy Bentham

Como premissa de análise da nulidade resultante da inversão na colheita da prova testemunhal, será versado sobre o direito de produzir provas, a partir de uma perspectiva de desconstrução da verdade. Também serão sumariamente abordados neste capítulo os princípios constitucionais, relacionados com a produção probante e, por fim, os sistemas processuais penais existentes e sua ligação com a matéria probatória.

2.1 Análise introdutória acerca da prova no processo penal brasileiro, sob o viés da desconstrução da verdade.

Para que se possa conceber um estudo sobre a prova testemunhal e a nulidade decorrente da inversão na ordem de sua colheita, é preciso, primeiro, entender a concepção de prova, isto é, assimilar no que consiste o direito de produzir provas, qual a sua finalidade e como isso ocorre no processo penal. À vista disso, revela-se importante, tecer-se algumas considerações sobre a prova penal e seus lineamentos teóricos.

Parte-se da ideia de que o legislador, ao elaborar as regras relativas à prova, é motivado pelas mesmas razões que regem a organização do processo criminal, consistentes no interesse da sociedade e na necessidade de punir o culpado, na proteção devida as liberdades individuais e civis e na imprescindibilidade de nunca se castigar um inocente (MITTERMAIER, 1997, p. 14).

Assim, a declaração de responsabilidade criminal e a conseqüente imposição de uma sanção penal somente podem ocorrer quando o julgador não tiver dúvidas sobre a prática do ilícito e sua autoria. Por isso, na fase de instrução do processo, as partes tentarão convencer o juiz sobre a veracidade ou não da imputação que recai sobre o réu, de modo que, prova é a comprovação que provoca esse convencimento que o juiz precisa para decidir (MIRABETE, 2006, p. 249). Em outras palavras, “é o fim da lei penal a repressão do delito; antes, porém, de punir um crime, deve-se verificar a sua existência; daí a necessidade da *Prova*” (MITTERMAIER, 1997, p. 05).

Importante salientar que, somente poderá ser considerado como prova, aquilo que for produzido em juízo, decorrente do procedimento contraditório. Enquanto que elementos de informação “são os documentos e outros registros colhidos em procedimento diverso do processo judicial”. Assim, quando obtidas antes da instauração do processo, para que sejam consideradas provas, estas devem passar por um contraditório diferido ou postergado (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 497).

Além disso, a legislação penal não disciplina de forma exaustiva todos os meios de prova, de modo que a demonstração dos fatos pode ocorrer através da utilização de provas nominadas, que são aquelas previstas no Código de Processo Penal, bem como por intermédio de provas inominadas ou atípicas, que são aquelas que não foram reguladas, mas podem ser usadas, desde que sejam de acordo com o direito (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 504). Como afirma Fernando da Costa Tourinho Filho,

não há em tese, nenhuma restrição aos meios de prova, com ressalva, apenas e tão somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentem contra a dignidade da pessoa humana. E porque não são admissíveis? Em face de limitações impostas por princípios constitucionais e até mesmo de Direito Material (TOURINHO FILHO, 2012, p. 567).

Assim, os meios de prova são os instrumentos ou mecanismos que trazem ao processo os elementos provindos das fontes de prova. Estas, por sua vez, são “as pessoas (testemunha Pedro – fonte pessoal) ou objetos (documento – fonte real) com idoneidade suficiente a fornecer resultados valorativos ao julgador, de onde são extraídos os dados cognoscitivos, a prova em si” (GIACOMOLLI, 2014, p 160).

De outro vértice, o procedimento probatório, pode ser dividido em quatro etapas: proposição, admissão, produção e valoração das provas. A proposição consiste na indicação que as partes fazem das provas que pretendem utilizar durante o processo, para convencer o juiz, sendo um ato que, usualmente, deve ser feito na primeira manifestação em juízo, isto é, para a acusação, na exordial e, para a defesa, na resposta à acusação. Já a admissão ocorre quando o juiz decide sobre o ingresso da prova no feito. Geralmente, isso se dá no despacho liminar positivo, quando o magistrado rebe a denúncia e a resposta a acusação. É neste momento também, que o juiz analisa se a prova é lícita (RANGEL, 2011, p. 487-489).

A produção, por sua vez, se realiza quando as provas indicadas passam pelo contraditório. Aqui se debate a veracidade, idoneidade, credibilidade e legalidade das provas. Cumpre referir que algumas provas não são repetíveis em juízo e, portanto, somente se reproduzem em sede de investigação policial - são as chamadas provas não renováveis (RANGEL, 2011, p. 487-489).

Por derradeiro, a valoração é o ato pelo qual o julgador avalia as provas produzidas e decide quais irá utilizar para basear sua decisão (RANGEL, 2011, p. 487-489). Nessa perspectiva, “portanto, a propositura da prova, desde que seja pertinente e obedeça às regras legais, constitucionais e convencionais, comporta sua admissibilidade, produção e valoração”, dependendo o seu afastamento, sempre, de uma decisão judicial motivada e fundamentada (GIACOMOLLI, 2014, p. 163).

Quanto ao ônus da prova, isto é, o encargo de provar, será analisado com ênfase mais adiante, quando se tratar do princípio da presunção de inocência. Por ora, é preciso saber que o ônus de provar não deve ser entendido como um dever ou obrigação, cujo descumprimento acarretará a aplicação de uma sanção, mas sim, como o próprio interesse das partes processantes em produzir provas dos fatos alegados, para formar o convencimento do julgador.

Diante disso, no processo penal, via de regra, o ônus da prova cabe à acusação. Contudo o réu também pode “chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre, por exemplo, quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade” (NUCCI, 2014).

À vista de tudo quando explanado, tem-se claro, então, que,

o direito fundamental à prova no processo abrange a possibilidade de tanto a acusação quanto a defesa indicarem as fontes de prova e exigirem a sua incorporação ao processo (pessoas a serem ouvidas em juízo, documentos a serem examinados, v. g.), de utilizarem os mecanismos de prova (arrolar testemunhas, requerer perícias, v. g.), a exigência de utilização das metodologias legais na produção da prova (ordem de inquirição das testemunhas, quem pergunta antes, como perguntar, participação na reconstituição do crime, v. g.), bem como a exigência de apreciação, valoração dos elementos de prova, de todos os dados fáticos e circunstanciais, pelo julgador (GIACOMOLLI, 2014, p. 161).

Por conseguinte, a finalidade da prova é levar a conhecimento do magistrado o fato de que trata a lide, para convencê-lo sobre sua existência ou não, bem como da forma como aconteceu (TOURINHO FILHO, 2012, p. 563). Ou seja, o convencimento do juiz é a ambição das partes processantes, que tentarão atingi-lo, utilizando o conjunto de provas existentes no processo (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 496).

Sublinhe-se que, o processo é considerado uma atividade cognitiva, visto que apenas as pessoas envolvidas no delito detêm conhecimento (cognição) do fato, que é trazido aos autos pelas provas, devendo ser feita uma retrospectiva do que aconteceu, para que o juiz possa ter conhecimento, motivo pelo qual o juiz é o destinatário da prova (DI GESU, 2014, p. 50). Em outras palavras, a instrução processual serve para que o juiz conheça dos fatos. E, este mesmo juiz, como terceiro imparcial, destinatário da prova, não pode “ser confundido com o próprio remetente, sob pena de grave patologia (como se o sujeito enviasse uma carta para si próprio, confundindo-se, na mesma pessoa, o remetente e o destinatário [...])”(GIACOMOLLI, 2014, p. 162).

Justamente por conta dessa dimensão, de que o juiz não pode ser, ao mesmo tempo, remetente e destinatário da prova, é que, como se verá melhor adiante, o artigo 212 do Código de Processo Penal estabelece que as partes iniciam a inquirição das testemunhas e não o julgador, competindo a este apenas complementar a inquirição, subsidiariamente, no que concerne os pontos não esclarecidos (GIACOMOLLI, 2014, p. 162).

Nessa perspectiva de que a instrução processual é o que permite que o juiz tenha conhecimento do fato delituoso, “o processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença” (LOPES JR., 2014, p. 550).

Na lição de Aury Lopes Jr.:

o processo penal é um instrumento de retrospectção, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime) (LOPES JR., 2014, p 549).

Em suma, o que se quer dizer é que, o direito não existe sem um fato, de modo que o processo se caracteriza como uma máquina retrospectiva, ou seja, instrumento de reconstrução aproximativa, que por meio da instrução probatória, busca levar ao conhecimento do julgador a relação entre um determinado fato e seu autor (FLECH, 2012). Com efeito, “o processo penal desempenha uma atividade retrospectiva, dependendo a reconstrução dos fatos passados da prova produzida no presente, com observância do regramento processual para tal” (DI GESU, 2014, p. 51).

Por este motivo, a atividade do juiz, no processo penal, é comparada a atividade do historiador, porque ambos precisam reconstruir um fato irrepitível e não diretamente conhecido por eles, ocorrido no passado, razão pela qual fazem uso das provas. No entanto, é necessário salientar a diferença de que, o juiz fica limitado pelos procedimentos e princípios previstos na lei processual, ao passo que a atividade investigativa do historiador é livre. Dessa maneira, no processo penal, trabalha-se com fatos passados, sendo por meio da prova que se busca a reconstrução da história do crime (DI GESU, 2014, p. 49).

Cumprido lembrar que “esse caminho de volta ao local dos fatos, ao tempo e às circunstâncias deste, é trilhado por humanos, motivo da imperfeição, tanto na reconstrução pela via da memória (aquisição, retenção e recordação), quanto pela técnica, pela prova científica”. Em razão disso, “há que ser vencida a concepção clássica de a prova propiciar o ‘apoderamento da verdade’ (Malatesta)” (GIACOMOLLI, 2014, p. 161-163). Isto é, “equivocam-se aqueles que pensam que o processo é um meio através do qual se busca a certeza absoluta ou tão somente a certeza, porquanto o julgador, ao proferir o **verdictum**, não ultrapassa o campo da probabilidade, na medida em que ele tem contato mediato com a prova” (AQUINO, 2015, p. 24)

Não se pode, pois, atribuir ao processo a função de revelar a verdade, seja ela real ou processual, haja vista que o crime é um fato passado, que depende da memória para ser revelado e, portanto, carregado de subjetividade e contaminações. Assim, a sentença, na maioria das vezes, não reflete a verdade, mas sim o resultado do convencimento do juiz. Por isso, a verdade é contingencial e não fundante ou estruturante no processo (LOPES JR., 2014, p. 582-591).

Frise-se que, “através do contraditório, o juiz, sentencia com base nos relatos do delito, elegendo, nesse momento, os elementos que fundarão o seu convencimento, que é apenas e tão somente um convencimento, e não necessariamente a verdade” (AQUINO, 2015, p. 28).

Destarte, não se pode concordar com parte da doutrina, que defende que prova é o meio pelo qual o processo penal busca a verdade dos fatos. Isso porque, resta evidente que a verdade é algo que poderá ser atingido ou não, uma vez que o objetivo das partes ao produzir prova no processo é, antes de tudo, convencer o julgador da sua versão, ou seja, fazê-lo crer que os fatos ocorreram da forma demonstrada por elas.

Deste modo, superada a ideia de que a prova busca encontrar a verdade sobre os acontecimentos e sedimentada a concepção de que prova se trata, efetivamente, do instrumento processual pelo qual as partes procuram demonstrar e, mais do que isso, convencer, o juiz, sobre a existência ou não da materialidade e da autoria do delito, percebe-se que a prova é importantíssima ao processo, na medida em que o grau de convencimento provocado por ela é que determinará se a sentença será condenatória ou absolutória.

Conclui-se, pois, que prova é “tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio”. E, em razão disso, a finalidade da prova, consistente no convencimento do juiz, que decidirá sobre a condenação ou absolvição do réu, é inerente ao seu próprio conceito (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 496).

Sem ressalva, a prova pode ser considerada a base da decisão judicial e, como tanto, possui regramentos que devem ser observados para que detenha validade. Isto é, “o direito à prova encontra barreira na observância dos direitos fundamentais das pessoas, desde o momento da admissibilidade dos meios propostos, passando pela sua produção, pela metodologia de colheita da prova, atingindo a sua valoração pelo julgador” (GIACOMOLLI, 2014, p. 165). Por conseguinte, será feita no próximo item uma breve apresentação dos princípios constitucionais que possuem relação com o direito de produzir provas.

2.2 Ponderações sobre os princípios constitucionais atinentes a produção probatória

A necessidade de observância dos princípios formadores do ordenamento jurídico é elemento indispensável à formação do Estado Democrático de Direito. As provas, por sua vez, possuem princípios próprios, que dizem respeito somente a elas. Desse modo, dentre os diversos

princípios que regem as provas penais, alguns merecem destaque, mormente porque consagrados na Carta Magna como direitos/garantias fundamentais e, serão explanados neste trabalho, a fim de que, posteriormente, possa-se compatibilizá-los com a problemática abordada.

Para tanto, iniciar-se-á tratando do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas. Com efeito, nos termos do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal¹, não será admitida no processo prova que tenha sido obtida de maneira ilícita. Nesse sentido, também dispõe o artigo 157 do Código de Processo Penal², cuja redação atual foi dada pela Lei n. 11.690/2008. Ressalta-se que, igualmente inadmissíveis são as provas ilícitas por derivação, ou seja, obtidas legalmente, mas com uso de meios ilícitos, conforme disposição do §1º, do art. 157, do Código de Processo Penal³.

De fato, uma vez reconhecida, de forma definitiva, a ilicitude da prova, ela será desentranhada do processo e se tornará inútil (GIACOMOLLI, 2014, p.166). Assim, se uma prova obtida ilicitamente for admitida no processo e valorada pelo juiz na decisão, esta será nula, devendo ser cassada, por ter se fundado em um tipo de prova vedado pelo ordenamento jurídico. Todavia, cabe referir que a vedação de prova obtida por meio ilícito é relativa, haja vista que será admitida desde que para provar a inocência do réu (RANGEL, 2011, p. 448-449).

Aury Lopes Jr. distingue provas ilícitas de provas ilegítimas, ao afirmar que provas ilegítimas são aquelas que violam uma regra de direito processual penal, ou seja, tem seu ingresso no processo feito de forma irregular, enquanto prova ilícita é aquela cuja obtenção viola uma regra de direito material ou a própria Constituição (LOPES JR., 2014, p. 608). De qualquer forma, o que se precisa ter claro é que provas, ilícitas ou ilegítimas são espécies do gênero “provas ilegais”, que são aquelas não admitidas no processo.

Ademais, como dito anteriormente, as provas derivadas de prova ilícita original, também não são admitidas no processo. Essa lógica, contudo, comporta duas exceções legalmente previstas, que fazem com que a prova derivada seja admitida, quais sejam: quando

¹Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”;

²Artigo 157 do Código de Processo Penal: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”;

³Artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”;

não restar evidenciado o nexo causal entre ela e a prova ilícita e quando ela puder ser obtida por outra fonte independente, considerada lícita (NUCCI, 2015, p. 53).

Assim, conclui-se que o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas trata-se, de um princípio com caráter de direito fundamental, intrínseco do Estado Democrático de Direito, haja vista que, “os fins não justificam os meios”, bem como não é possível “garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com violação às normas legais em vigor” (RANGEL, 2011, p. 448-449).

Por seu turno, o princípio da inexigibilidade de autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* (nenhum temor por se deter), garante que ninguém precisa produzir prova contra si mesmo, estando relacionado com o princípio da presunção de inocência e o direito ao silêncio, conferidos pela Constituição Federal (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 84).

Com feito, a presunção de inocência encontra-se positivada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que consagra o seguinte: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Isso porque, de acordo com Luigi Ferrajoli,

se a jurisdição é uma atividade necessária para obter a prova necessária de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena (FERRAJOLI, 2014, p. 505).

O Código de Processo Penal, por outro lado, não faz menção a presunção de inocência em nenhum de seus dispositivos, pois teve inspiração no Código Rocco, cuja ideologia fascista era baseada na presunção de culpabilidade. Ainda assim, no que tange a matéria probatória, a presunção de inocência é considerada uma regra processual, de acordo com a qual o acusado não é obrigado a fornecer prova de sua inocência, visto que ela é presumida, e, em havendo dúvida, será caso de absolvição (DI GESU, 2014, p. 64-65).

Ao vedar que o acusado seja tratado, como culpado durante investigação e o processo

a regra da presunção da inocência exige justificativa da prática de qualquer ato, processual ou não, que induza antecipação de um juízo de censurabilidade. Por isso, qualquer restrição ao sujeito pauta-se pela sua legalidade e justificação fática e jurídica, com suficiência constitucional e convencional (GIACOMOLLI, 2014, p. 99).

Dessa forma, a presunção de inocência revela-se um princípio fundamental de civilidade, consistente numa “opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”. Ademais, a presunção de inocência, além de uma garantia de liberdade e de verdade, se traduz como uma garantia de segurança e defesa social dos cidadãos contra o arbítrio punitivo estatal (FERRAJOLI, 2014, p, 506).

De acordo com Aury Lopes Jr., a presunção de inconsciência se revela um verdadeiro dever de tratamento que age em duas dimensões: interna e externa ao processo. Na dimensão externa ao processo, impõe limites a estigmatização do réu. Na dimensão interna, a presunção de inocência faz com que a carga da prova caiba inteiramente a acusação, visto que, sendo o réu inocente, não precisa provar nada e a dúvida conduz a sua absolvição (LOPES JR., 2014, p. 220).

Assim, “em consonância com o sistema acusatório, a garantia da presunção de inocência, tem, portanto, o condão de transferir inteiramente o ônus da prova ao órgão acusador” (DI GESU, 2014, p. 65), de forma que, a iniciativa probatória do juiz, apesar de existir no ordenamento jurídico brasileiro, afronta o estado de inocência, representado um resíduo do sistema inquisitório de processo penal, uma vez que a determinação *ex officio* da prova milita, necessariamente, contra o acusado e a favor da acusação, na medida em que o réu estaria absolvido pela dúvida (GIACOMOLLI, 2014, p. 97).

Importante distinguir que a presunção de inocência se trata de uma garantia processual do acusado, tida como um direito fundamental de qualquer cidadão, ao passo que o princípio *indúbio pro réu* não tem essa natureza, evidenciando-se apenas quando, ao prolatar a sentença, o julgador tenha incerteza sobre a prova, muito embora, na prática, tais princípios se confundam (DI GESU, 2014, p. 66).

Por sua vez, o direito ao silêncio, referido anteriormente, previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXIII⁴, também chamado de garantia contra a autoincriminação, não só consagra o direito do acusado de permanecer em silêncio durante a investigação e em juízo como também “impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse” (OLIVEIRA, 2014, p. 41).

Lembrando que, conforme ensina Aury Lopes Jr. “o direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, esculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*”,

⁴ Artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

de acordo com qual o acusado não pode sofrer nenhum prejuízo por não colaborar na atividade probatória ou por exercer o direito de silêncio durante o interrogatório. Assim “do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico ao imputado, na medida em que, no processo penal, só há presunção de inocência” (LOPES JR., 2014, p. 187).

O *nemo tenetur se detegere*, pois, garante ao acusado os direitos de permanecer em silêncio, ou calado, de não ser compelido a confessar, de não se exigir que diga a verdade, de não adotar uma postura que possa lhe auto incriminar e de não produzir prova incriminadoras ou invasivas, de maneira que nada disso possa ser usado em seu desfavor (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 85).

Portanto, o princípio da presunção de inocência, ao lado do princípio da não autoincriminação, está intimamente relacionado a carga da prova. Contudo, apesar de ser constitucionalmente presumido inocente, e de não ter obrigação de produzir prova contra si mesmo, não se pode esquecer que o réu, querendo, pode contraditar a prova produzida pela acusação, com intuito de evitar uma sentença desfavorável e, com isso exercer sua ampla defesa.

À luz disso, o princípio do contraditório, assegurado pela Constituição Federal, ao lado do princípio da ampla defesa, no artigo 5º, inciso LV⁵, ao consagrar a ideia de que a parte contrária tem o direito de se manifestar sobre tudo que for produzido, em juízo, pela outra parte, “é imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo” (LOPES JR, 2014, p. 221). Isso porque, o contraditório é indispensável “para que a reconstrução da pequena história do delito seja feita com fundamento nas versões da acusação e da defesa” (DI GESU, 2014, p. 70).

Vale destacar que, o princípio do contraditório pode ser entendido sobre um duplo viés: de ciência e de contradição, isto é, às partes deve ser, primeiro, oportunizado o conhecimento de todos os atos processuais, para que, em segundo, querendo, possam se manifestar a fim de alcançar o convencimento do julgador (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 64). Isso quer dizer que, ainda que a defesa possa se utilizar do direito constitucional de silêncio, sempre deve ser-lhe oportunizada a manifestação, ficando, a sua conta, o risco da omissão.

⁵Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”;

Portanto, o princípio do contraditório é um direito constitucional que a parte adversa tem de poder se manifestar sobre a prova, depois que ela foi produzida pela parte contrária, assim como ambas as partes têm o direito de serem cientificadas e poderem se pronunciar se a prova fora produzida pelo juiz (TOURINHO FILHO, 2012, p. 565-556). O juiz, aliás, deve assegurar o direito de manifestação no processo de ambas as partes, sob pena de imparcialidade, pois, do contrário, não terá conhecido as duas versões (LOPES JR., 2014, p. 221).

Substancial ao processo jurisdicional e a própria estrutura do Estado Democrático de Direito, é a conexão da defesa com o contraditório e, se trata de uma exigência estrutural e simétrica do processo, além de ser um direito subjetivo do acusado (GIACOMOLLI, 2014, p. 124). Não se pode, no entanto, confundir contraditório e direito de defesa, apesar de estarem relacionados. Na melhor explicação de Ada Pellegrini Grinover, Fernandes Scarance e Antonio Gomes Filho:

defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também, por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório (Apud LOPES JR., 2014, p. 222).

No que tange a ampla defesa, os meios inerentes ao seu exercício consistem em “ter conhecimento claro da imputação; poder apresentar alegações contra a acusação; poder acompanhar a prova produzida e fazer a contra prova; ter defesa técnica por advogado [...] e poder recorrer da decisão desfavorável” (sic) (FERNANDES, 2006, p. 119).

Ressalta-se que, devido a hipossuficiência do réu, a defesa técnica, diferentemente da defesa pessoal, é indisponível no processo penal, para que possa ser assegurada a paridade de armas e o equilíbrio processual em relação à acusação (DI GESU, 2014, p. 70). Prova disso é que, diante da ausência de resposta à acusação, o juiz deve nomear um defensor dativo ou público para atuar na defesa do acusado, consoante estabelece o art. 396, § 2º, do Código de Processo Penal.⁶ A necessidade de defesa técnica, também, encontra-se consagrada no artigo,

⁶Artigo 396, § 2º, do Código de Processo Penal: “não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”.

261 do Código de Processo Penal, ao referir que: “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Ademais, de acordo com Humberto Fernandes, a defesa deve ser efetiva, isto é, “exige-se atividade efetiva do advogado no sentido de assistir o acusado”, a simples nomeação de defensor ou a aparência de defesa não são suficientes (FERNANDES, 2006, p. 122). Dessa forma, conforme bem pontua Nereu Giacomolli, “a suficiência e a efetividade integram o conceito de ampla defesa, como núcleo substancial dessa garantia fundamental”, de modo que a ausência, a deficiência, a limitação ou a insuficiência afastam a ampla e plena defesa constitucionalmente garantida (2014, p. 114).

Assim, no que concerne a produção probatória, fica claro que

as partes têm o direito de participar da colheita da prova, influenciando na sua formação, dentro de critérios regrados e o réu tem o direito de se defender da maneira mais ampla possível, tomando ciência, por seu advogado, das provas coletadas e podendo influir para a produção de outras em seu benefício (NUCCI, 2014).

Depois de serem admitidas e produzidas no processo, mediante o contraditório e de acordo com a mais ampla defesa, as provas serão valoradas pelo juiz. Nesta senda, existem três sistemas avaliatórios de provas conhecidos ao longo da história: a) o sistema legal ou tarifado; b) o sistema da livre convicção; e c) o sistema da persuasão racional, convencimento racional, livre convencimento motivado, convicção condicionada, ou apreciação fundamentada.

Pelo sistema da prova legal, “cada prova tinha um valor preestabelecido em lei, inalterável e constante, [...] daí por que também chamado de sistema tarifado, já que as provas têm uma tabela da qual não se pode escapar ou fugir”. Ao juiz, nesse sistema, compete apenas verificar o valor legal e tabelado de cada prova e declarar o resultado, não podendo fazer sua própria apreciação. É o sistema mais antigo de que se tem conhecimento, com sua origem nas denominadas ordálias⁷ (ARANHA, 2006, p. 91).

⁷Espécie de prova mística ou sobrenatural, totalmente irracional, utilizada na Antiguidade, que, além de sujeitar o acusado a “determinados processos bárbaros e desumanos” também recorria “ao juízo dos deuses para indicação do culpado”. Em síntese, os suspeitos precisavam resistir a algum tipo sofrimento ou provação para comprovar sua inocência, pois a crença era a da intervenção da divindade em favor de quem estivesse com a razão (AQUINO, 2015, p. 19).

No sistema da prova legal, “a declaração de várias testemunhas prevalecia sobre o depoimento de uma única pessoa; um documento era mais valorado que o testemunho; entretanto, a confissão era verdadeira ‘rainha’ das provas, e assim por diante” (DI GESU, 2014, p. 73). Se verificam, atualmente, resquícios desse sistema, consistente no método de valorar ou tarifar previamente as provas, quando, por exemplo, a lei exige a realização de exame de corpo de delito como prova da materialidade dos crimes que deixam vestígios, não admitindo a comprovação por outros meios de prova (NUCCI, 2015, p. 23).

De modo contrário, o sistema da livre convicção, de origem romana, possibilita ao juiz total e irrestritos poderes de apreciar a prova. Nele o magistrado tem plena liberdade para admitir e avaliar as provas de acordo com seus conhecimentos e impressões pessoais, podendo decidir até mesmo contra as provas colhidas, ou, ainda, podendo deixar de decidir se não houver formado sua convicção. O magistrado sequer é obrigado a expor os motivos de sua decisão. Por isso, “dada a soberaneidade do juiz, tal sistema também ficou conhecido como da íntima convicção” (ARANHA, 2006, p. 92-93).

Não obstante, se diz ser uma ‘impropriedade’ chamar a íntima convicção de sistema de valoração da prova, pois esta [a convicção] sequer era externada” (DI GESU, 2014, p. 73). Com efeito, o sistema da íntima convicção, atualmente, é o adotado pelo Tribunal do Júri em nosso ordenamento, visto que “todos decidem segundo sua convicção, sem a necessidade de fundamentar seu voto” (ARANHA, 2006, p.93).

Já o sistema da persuasão racional surgiu baseado nos pontos positivos dos dois sistemas anteriores e “tornou-se legalmente conhecido com os códigos napoleônicos” (ARANHA, 2006, p.93). Nele “o julgador deixou de ter uma participação meramente instrumental para, finalmente, ser o sujeito responsável pela valoração da prova e consequente tomada da decisão” (DI GESU, 2014, p. 74).

De acordo com o sistema da persuasão racional, “o juiz age livremente na apreciação das provas (convicção), porém sua avaliação deve ser ajustada às regras científicas (jurídicas, lógicas e experimentais) preestabelecidas (condicionadas)”. Nesse sistema, obrigatoriamente o julgador deve fundamentar e motivar sua decisão, para que se tenha conhecimento do que o levou a formar sua convicção acerca dos fatos e se possa verificar o acerto ou não da apreciação feita (ARANHA, 2006, p. 93-94).

O sistema da persuasão racional é o adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, de acordo com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal⁸. Tal sistema, caracteriza-se, como já dito, por ser uma espécie de sistema misto, já que nele o magistrado pode decidir de acordo com seu livre convencimento, contanto que sempre fundamente sua decisão (NUCCI, 2014).

Por derradeiro, a fim de encerrar a análise dos principais princípios constitucionais relacionados à produção probatória no processo penal, tem-se a garantia do devido processo legal, instituída pelo art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal⁹, chamado princípio guarda-chuva, pois dele surgem todos os demais princípios. Isto é, em razão do devido processo legal decorre a exigência do cumprimento de todas as formalidades previstas em lei, ou seja, decorrem as garantias procedimentais, dentre elas, a necessidade de um procedimento tipificado e de observância integral desse procedimento (FERNANDES, 2006, p. 58).

Como afirmam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

o devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais. Em se tratando de aplicação da sanção penal, é necessário que a reprimenda pretendida seja submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois **nulla poena sine iudicio**. Mas não é só. A pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa. (2014, p. 75).

À vista disso, em relação à prova processual, nota-se que o devido processo legal, impõe o respeito ao rito devido, ou seja, a observância de todas as garantias estipuladas pelo ordenamento jurídico. Logo, ainda que as provas dispostas no Código de Processo Penal não sejam taxativas, há de ser respeitado o procedimento correto para sua admissão, produção e valoração, não se permitindo, do contrário, que sejam constrangidas as liberdades de qualquer indivíduo.

⁸Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”;

⁹Artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

Vislumbra-se a relevância da presente abordagem principiológica, ainda que feita de forma sucinta, uma vez que “um ordenamento coerente parte dos princípios constitucionais para interpretar e aplicar as normas infraconstitucionais” (NUCCI, 2015, p. 24). Assim, não seria possível, posteriormente, tratar da aplicação do direito a um caso específico e concreto de descumprimento da norma processual penal sem, antes, conhecer e entender quais são os princípios constitucionais que devem ser respeitados. Da mesma forma, não é possível tratar de colheita da prova testemunhal sem saber quais são os sistemas processuais penais existentes, sendo este, portanto, o próximo assunto a ser tratado.

2.3 Breve explanação a respeito dos sistemas processuais e sua relação com a atividade probatória

Qualquer análise sobre produção probatória no processo criminal estaria incompleta se não abordasse os sistemas processuais penais como seu pressuposto. Assim, para que se possa responder à questão objeto do presente estudo, faz-se necessário, antes, entender os sistemas processuais penais existentes, suas características e sua relação com a gestão da prova, visto que, como bem assevera Cristina Di Gesu, “o estudo da prova no processo penal, passa, necessariamente, pela noção de sistemas, pois a atuação do magistrado em relação à matéria probatória indicará se ele assume a posição de garantidor ou de inquisidor” (DI GESU, 2014, p. 23).

Não se pretende, e nem é de alcance, esgotar o assunto, afinal, “os sistemas processuais são produtos culturais de uma época, não podendo surgir como um fenômeno na natureza”, isto é, “não existe uma compreensão exclusiva e unicamente válida sobre que elementos compõem os sistemas processuais” (PRADO, 2006, p. 242). Ainda assim, se buscará traçar alguns pontos relevantes, principalmente no que tange as características de um e outro sistema, para a compreensão e posterior conclusão da problemática abordada.

Inicialmente, importa esclarecer que,

sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto [...] e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória (RANGEL, 2011, p. 47).

No sistema inquisitório, o qual está historicamente atrelado à Inquisição, promovida pela Igreja Católica no final do século XIII, como uma resposta as chamadas doutrinas heréticas (DI GESU, 2014, p. 27-36), o magistrado poderia iniciar o processo de ofício, admitindo-se, com mais raridade, a *notitia criminis* e, também, um acusador público. Em razão, pois, dessa atuação do magistrado como parte, é que se verifica a ausência de imparcialidade como característica presente desse modelo (GLOECKNER, 2015, p. 174-175).

Outras características do sistema inquisitorial que merecem ser citadas eram o fato do processo ser escrito, secreto e sem contraditório ou ampla defesa, pois, ainda que se permitisse a atuação de advogados na defesa do réu, haviam limites que não possibilitavam a defesa plena. Além disso, nesse sistema, o juiz era autorizado a utilizar a tortura para extrair a confissão, considerada a prova cabal do delito, e o acusado era tratado como mero objeto de investigação, não havendo a menor existência de igualdade de partes, direito a recurso, dignidade da pessoa humana, *indubio pro réu*, ou coisa julgada, em caso de absolvição (GLOECKNER, 2015, p. 174-175). Nessa perspectiva, a prisão era, na verdade, “uma regra, porque assim o inquisidor tinha a sua disposição o acusado para tortura-lo até obter a confissão” (AQUINO, 2015, p. 27).

Como se pode ver, no modelo inquisitivo de processo penal as garantias individuais do acusado são suprimidas pelo poder punitivo estatal. Isso acontece sob alegação de haver um interesse coletivo em ver o réu punido, ou seja, “os direitos do indivíduo não podem se sobrepor ao interesse maior, o coletivo”. Essa lógica, inclusive, foi adotada pelo Código de Processo Penal brasileiro, o qual foi inspirado no Código Rocco, da Itália fascista (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 46-48).

Em contrapartida, “o processo por via de acusação, em sua natureza, constitui um verdadeiro combate entre dois adversários, cada um dos quais procura demonstrar a verdade de suas asserções, e assegurar-lhes o triunfo final” (MITTERMAIER, 1997, p. 35). De modo que, “a passividade do juiz, que se limita a fiscalizar as regras destinadas a assegurar o equilíbrio da distribuição de oportunidades processuais entre as partes” é considerada a característica fundamental do sistema acusatório. Essa passividade, aliás, tem início a partir do momento em que um órgão, distinto do julgador, oferece a acusação. Portanto, no sistema acusatório, diferentemente do sistema inquisitório, outro sujeito processual, que não o julgador, propõe a ação, mantendo-se o juiz distante da gestão da prova (GLOECKNER, 2015, p. 168-169).

Assim, resumidamente definindo, “em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado”. De forma contrária, o sistema inquisitivo se amolda no Estado totalitário, por viabilizar a supressão dos direitos e garantias individuais (RANGEL, 2011, p. 47).

Ademais, sem examinar o denominado sistema misto, é preciso ressaltar que parte da doutrina defende a sua existência, como sistema que possui as características de ambos modelos – acusatório e inquisitivo. Tal sistema seria o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, visto que a jurisdição inicia na fase investigativa, sob controle de um juiz, como no sistema inquisitório, incumbindo, porém, a tarefa de acusar a outro órgão, conforme o modelo acusatório (OLIVEIRA, 2014, p. 09-10).

Aliás, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, posiciona-se de acordo com essa linha de entendimento, no sentido de adoção do sistema misto:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO NÃO RECONHECIDA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 212 DO CPP. SISTEMA ACUSATÓRIO (MISTO). O Código de Processo Penal brasileiro em vigor, (enquanto não se lhe declare, no todo ou em parte, desconforme com a Constituição), tem a feição do denominado sistema acusatório misto ou acusatório-inquisitório. A tanto é bastante apontar a existência do inquérito policial, de natureza inquisitorial por excelência, e verificar, em juízo, as várias possibilidades de iniciativa probatória entregues ao juiz pelo legislador, nada obstante se verifique a cada alteração legislativa a introdução na legislação processual penal de instrumentos de caráter marcadamente acusatório. Partindo-se da concepção até agora predominante no sistema continental europeu de que a investigação da verdade no processo penal tem raiz no Estado Democrático de Direito (Rechtsstaatsprinzip), e de que somente com a sindicância da verdade (materielle Wahrheit) pode o princípio da culpabilidade (Schuldprinzip) ser realizado, é corolário lógico e jurídico de que compete ao legislador das normas processuais penais, atento às normas (e limites) constitucionais, a tarefa de traçar o modelo de processo penal aplicável no território nacional, seja ele aproximado do denominado modelo acusatório puro do sistema anglo-americano, do acusatório moderado, nos moldes do italiano atual, ou na formatação do alemão (em que vige o denominado Amtsaufklärungsprinzip), ou mesmo outro a ser eventualmente formatado dentro da exclusiva experiência jurídica brasileira a ser revelado. [...] (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2015).

Todavia, tem-se que o sistema misto não existe, o que existe, na verdade, são modelos acusatórios que possuem elementos do sistema inquisitório e vice-versa, pois “não há como fundir os dois sistemas processuais num terceiro, eis que seus princípios unificadores, vistos como a ideia única que une todos seus elementos, são antagônicos” (MACHADO, 2010). A

propósito, atualmente, se trata de um erro acreditar na existência de sistemas processuais penais puros, na forma clássica em que foram estruturados, seja acusatório ou inquisitório (COUTINHO, 2001, p. 17-18).

Superada a identificação das particularidades primordiais de cada sistema, necessário dizer que a Constituição Federal brasileira, consagra muitas regras caracterizadoras do modelo acusatório, tais como o devido processo legal, a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, que já foram analisados no tópico acima, além da titularidade exclusiva da ação penal pública pelo órgão acusador (Ministério Público), nos termos do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal¹⁰. Contudo, não há, na Carta Constitucional previsão expressa da garantia do sistema acusatório, deduzindo-se, assim, a sua adoção no processo penal brasileiro, de uma interpretação sistemática constitucional e não de previsão legal (DI GESU, 2014, p. 39).

Com efeito, sem ignorar a controvérsia doutrinária e jurisprudencial existente acerca desse assunto, evidencia-se que o modelo de processo penal brasileiro é acusatório, sem dúvida nenhuma, haja vista a referida interpretação sistemática da Constituição Federal, porém encontra dificuldade de estruturação, em função do caráter originário inquisitivo do Código de Processo Penal (OLIVEIRA, 2014, p. 09-10 e 15). Em outras palavras, “a Constituição da República optou pelo sistema acusatório, mas o ordenamento jurídico processual ainda está distante da máxima acusatoriedade” (PRADO, 2006, p. 242).

A escolha de um ou outro sistema influência diretamente nas regras relativas à prova penal, visto que esta, no sistema inquisitivo é pouco ou nada regulamentada, pois quanto maior poder conferido ao inquisidor, mais fácil de ser encontrada a verdade. Assim, ao juiz inquisidor, plenos poderes eram atribuídos no que tange a investigação, admissão, produção e valoração da prova (DI GESU, 2014, p.23-42).

Por outro lado, no sistema acusatório, há ampla regulamentação do conteúdo probatório, havendo repartição dos poderes de investigar, admitir, produzir e valor a prova, cabendo ao juiz decidir, de acordo com o foi trazido aos autos pelas partes. Destarte, “a gestão da matéria probatória (desde a investigação, admissão, produção e valoração), confiada ao magistrado, é a principal característica do modelo inquisitório”, enquanto o “modelo acusatório requer a produção da prova pelas partes, essencialmente pela parte acusadora” (DI GESU, 2014, p. 23-42).

¹⁰ Artigo 129, inciso I, da Constituição Federal: “são funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Portanto, sublinhe-se que, o que diferencia os sistemas processuais penais é a gestão da prova, de modo que “se a gestão da prova cabe ao magistrado, privilegiado está o princípio inquisitivo e, portanto, tem-se o sistema inquisitório. Por outro lado, se a gestão da prova é entregue às partes, configurado está o sistema acusatório” (MACHADO, 2010).

À vista disso “hoje ninguém mais com algum conhecimento duvida que um sistema processual se define pela gestão da prova e a quem ela cabe” (COUTINHO, 2007, p. 11-13), apesar de, comumente, a doutrina distinguir o sistema processual inquisitório do acusatório, discorrendo apenas que, no primeiro as funções de acusação e julgamento cabem a uma só pessoa ou órgão, ao passo que no segundo, tais papéis competem a pessoas ou órgão diversos (OLIVEIRA, 2014, p. 09-10).

Por último, convém salientar que, o modelo processual acusatório adotado pelo ordenamento brasileiro não se equipara ao modelo adotado pelos Estados Unidos, conhecido por *adversary* ou *adversarial system*, verdadeiro sistema de partes, em que o juiz se abstém de qualquer função relacionada a produção probatória e apenas exerce o controle de legalidade da instrução judicial (OLIVEIRA, 2014, p. 09-10 e 15). Isso porque, no Brasil, consoante artigo 156 do Código de Processo Penal¹¹, é permitido que o juiz determine a produção de provas de ofício, até mesmo antes da instauração da ação penal, durante a investigação policial.

Assim, diante de tudo isso, encerra-se a primeira parte deste estudo, tendo restado claro que a prova penal se destina ao juiz, sendo que os aspectos relacionados à matéria probatória, assim como todos os outros institutos processuais, devem respeitar os princípios elencados na Constituição Federal, bem como estarem calcados nas premissas do sistema adotado pelo ordenamento jurídico, que, no Brasil, consoante visto, é o acusatório.

Finalmente, antes de adentrar no próximo capítulo, que versará exclusivamente sobre a prova testemunhal, vale lembrar que, “se 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 inquisitória”, pois isso não seria sistema e, sendo assim, na audiência, durante a produção da prova testemunhal, não pode essa lógica ser diferente (RANGEL, 211, p. 555).

¹¹Artigo 156 do Código de Processo Penal: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

3 A PROVA TESTEMUNHAL - SUA REGULAMENTAÇÃO, SUA IMPORTÂNCIA E O MODELO ATUAL DE INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO, COMPREENDIDOS A PARTIR DA IDEIA DE SUA FRAGILIDADE COMO MEIO DE PROVA

“Não existe testemunha mais terrível – acusador mais poderoso – do que a consciência que habita em nós”.

Sófocles

Tendo em vista que o enfoque principal deste estudo se refere a prova testemunhal, faz-se necessário realizar uma abordagem específica sobre esse meio de prova, que certamente é o mais utilizado na prática forense, sobretudo quando se trata de processo penal. Assim, com a finalidade de demonstrar a influência e a importância da prova testemunhal no direito processual hodierno, sem esquecer a fragilidade desse meio probatório, serão traçadas disposições gerais sobre a regulamentação da prova testemunhal, bem como sobre o modelo atual de inquirição de testemunhas.

3.1 A prova testemunhal: lineamentos teóricos e práticos sobre sua regulamentação e importância

À primeira vista, parece muito simples entender o sentido da palavra *testemunha*. No entanto, compreender o testemunho como um meio de prova capaz de servir como fundamento (as vezes único) de uma sentença penal condenatória ou absolutória, exige conhecer e, mais do que isso, questionar a sua regulamentação legal e dogmática. Por isso, inicialmente, serão traçados lineamentos acerca da prova testemunhal, de acordo com a legislação processual vigente e, em seguida, à luz da doutrina penalista moderna, será evidenciada a importância e a larga utilização desse meio probatório.

No processo penal brasileiro, a natureza jurídica da testemunha, como já mencionado, é a de meio de prova (NUCCI, 2011, p. 472). De acordo com Carl Joseph Anton Mittermaier, “pela palavra *testemunha* designa-se o indivíduo chamado a depor segundo sua experiência

peçoal, sobre a existência e a natureza de um fato” (MITTERMAIER, 1997, p. 231). Já nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, testemunha, é a pessoa que sabendo de algo juridicamente importante, pode confirmar sua veracidade, tendo o compromisso de ser imparcial e falar a verdade (NUCCI, 2011, p. 472).

Segundo artigo 202 do Código de Processo Penal: “toda pessoa poderá ser testemunha”. Essa disciplina derruba as restrições discriminatórias que historicamente existiram proibindo certas pessoas, como por exemplo, mulheres, escravos e crianças de depor. Mas, cumpre lembrar que, a regra, ao referir que, toda pessoa poderá ser testemunha, está tratando de pessoas naturais, de maneira que, em hipótese alguma, uma pessoa jurídica poderá ser arrolada como testemunha (LOPES JR., 2014, p. 676-677).

Dessa forma, então, “a princípio, toda pessoa que tenha condições de perceber um acontecimento e relatá-lo adquire a qualidade de testemunha natural desse acontecimento” (AQUINO, 2015, p. 118). Inclusive o corréu, embora seja parte na demanda, poderá ser testemunha de crime praticado por outro acusado, quando o Código estabelecer a unidade de processo (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 19).

Diante disso, as testemunhas, podem ser classificadas da seguinte maneira: presenciais, indiretas, informantes, abonatórias e referidas. A testemunha presencial, é a mais útil, visto que presenciou diretamente o fato delituoso. A testemunha indireta, ao contrário, é aquela que apenas ouviu falar dos acontecimentos ou, ainda, aquela que relatou fatos acessórios (LOPES JR, 2014, p. 680-682). Guilherme de Souza Nucci chama atenção para a ideia de que “não é a testemunha que deve ser classificada como direta ou indireta, mas os fatos sobre os quais ela depõe” (NUCCI, 2015, p. 212).

De outra banda, as testemunhas abonatórias, se tratam daquelas que nada sabem acerca do fato, apenas abonam a conduta social do réu, o que poderá ter relevância na fixação da pena, quando da valoração das circunstâncias do artigo 59, do Código Penal¹². Por sua vez, as testemunhas referidas são aquelas que não constavam no rol de testemunhas, mas que, mesmo assim, o juiz poderá ouvi-las, pois foram mencionadas como sabedoras do fato por outras

¹²Artigo 59 do Código Penal: “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]”.

testemunhas em seus depoimentos, conforme previsão do artigo 209, § 1º do Código de Processo Penal¹³ (LOPES JR., 2014, p. 680-682).

Por fim, informantes, são assim chamadas as pessoas que não respondem pelo crime de falso testemunho, em razão de não prestarem o compromisso de dizer a verdade. O depoimento do informante não integra o limite numérico de testemunhas que podem ser arroladas e deve ser valorado com reserva, de acordo com os motivos que o impediram de prestar compromisso, justamente por se tratar de ‘testemunha’ presumivelmente parcial (LOPES JR., 2014, p. 680-682).

O compromisso se trata da promessa ou juramento que a testemunha faz de dizer a verdade quando relatar o que sabe sobre os fatos de que for indagada. O juiz deverá compromissar a testemunha antes dela iniciar seu depoimento, esclarecendo seu dever de dizer a verdade, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho, previsto no artigo 342 do Código Penal, que determina pena de reclusão de dois a quatro anos e multa, para quem fizer afirmação falsa, negar ou calar a verdade (NUCCI, 2011, p. 477).

Além do dever de compromisso com a verdade, a testemunha, quando devidamente intimada, também tem o dever de comparecer na solenidade designada, podendo ser conduzida coercitivamente e multada, caso não compareça ou justifique sua ausência (art. 218 do Código de Processo Penal¹⁴). A testemunha também pode incorrer no crime de desobediência e ter de pagar às custas da diligência para conduzi-la coercitivamente (art. 219 do Código de Processo Penal¹⁵), em razão de que o testemunho é um dever e uma forma de contribuir com a Administração da Justiça (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 577-579).

Assim, “a aquisição da qualidade de testemunha determina um estado de submissão do cidadão para com o Poder Judiciário”, visto que,

¹³Artigo 209 do Código de Processo Penal: “o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem”.

¹⁴Artigo 218 do Código de Processo Penal: “se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública”.

¹⁵Artigo 219 do Código de Processo Penal: “o juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência”.

se, por um lado, o Estado, na busca da manutenção da tranquilidade, por intermédio da lei, reprime os fatos típicos havidos como crimes, com o escopo de proporcionar aos cidadãos um perfeito convívio social, por outro – como não poderia deixar de ser estes, em retribuição, não podem, salvo raríssimas exceções, furtar-se a comparecer em juízo e esclarecer fatos correlatos com o processo e úteis para o deslinde do caso. Daí decorre que é de direito que o Estado obrigue o indivíduo a prestar seu testemunho e o puna, caso não compareça, faça afirmação falsa, cale-se ou negue a verdade (AQUINO, 2015, p. 122-123).

Em razão do caráter público do testemunho, pois, o dever de testemunhar não atinge apenas os brasileiros ou estrangeiros que aqui residem em caráter permanente, mas sim todo indivíduo que tenha conhecimento de fatos de relevância para um processo objeto de apreciação jurisdicional. Outrossim, vale ressaltar que o dever de testemunhar é eminentemente pessoal, não podendo, portanto, ser transferido a outrem. Do contrário, não haveria necessidade de ser acolhida a regra da oralidade do testemunho, conforme se verá adiante (AQUINO, 2015, p. 122).

Portanto, parte-se da premissa de que ninguém pode recusar-se a depor. Porém, o próprio Código de Processo Penal, no artigo 206¹⁶, prevê que as pessoas ali mencionadas não são obrigadas a depor, haja vista o parentesco e a presumida proximidade com o denunciado, exceto quando não se puder obter por outro meio, provas do fato e de suas circunstâncias. Diferentemente, o artigo 207¹⁷, da aludida legislação, estabelece quem são as pessoas proibidas de depor, em função do sigilo profissional que detém. O interessado, contudo, pode permitir que esses profissionais deponham, os quais, então, prestarão compromisso como qualquer testemunha.

Por fim, o artigo 208 do Código de Processo Penal¹⁸ determina quem são as pessoas que não prestam compromisso de dizer a verdade, denominadas, como já referido, de testemunhas informantes (LOPES JR., 2014, p. 677-680). Logo, conclui-se que, “embora o testemunho seja um ato devido, só o é para as pessoas que tenham condições de se tornarem sujeitos de tal dever” (AQUINO, 2015, p. 109).

¹⁶Artigo 206 do Código de Processo Penal: “a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias”.

¹⁷Artigo 207, do Código de Processo Penal: “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

¹⁸Artigo 208 do Código de Processo Penal: “não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206”.

A doutrina, ainda, dispõe os princípios que norteiam a prova testemunhal. São eles: a judicialidade, a objetividade, a retrospectividade, a individualidade e a oralidade. A judicialidade advém da ideia de que somente serão consideradas provas, as declarações testemunhais que forem prestadas em juízo. A objetividade, nos termos do artigo 213 do Código de Processo Penal¹⁹, significa que a testemunha não deve (ou não deveria) emitir opinião ou juízo de valor pessoais, mas tão somente ficar restrita aos fatos. A retrospectividade remete ao fato de que a testemunha depõe acerca de acontecimentos passados, não dando prognósticos (MIRABETE, 2006, p. 292-293).

Por sua vez, a individualidade quer dizer que as testemunhas devem ser ouvidas separadamente, impedindo-se, inclusive, que as testemunhas não ouvidas acompanhem o depoimento das outras (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 577), “procurando-se com isso evitar a influência de uma sobre a outra” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 191). Finalmente, a oralidade denota que, embora possa ser reduzido a termo, o depoimento testemunhal deve ser prestado de forma falada, consoante determina o artigo 204, *caput*, do Código de Processo Penal²⁰.

Como já versado, objeto de prova é tudo aquilo que deve ser demonstrado durante o processo e que serve ao juiz, para que ele possa prolatar a decisão. Nesse sentido, o objeto da prova testemunhal, como não poderia deixar de ser, gira em torno do fato tido como criminoso e do possível autor do delito. Dessa forma, “o conteúdo da prova testemunhal fica restrito aos lindes da imputação e da tese sustentada pela defesa” (AQUINO, 2015, p. 30-31).

Diante disso, considerando-se que resta compreendido quem são as pessoas que adquirem a qualidade de testemunha, quais os deveres de quem presta testemunho em um processo judicial, bem como quais as características e o qual o objeto do depoimento dado pela testemunha, passa-se a uma análise introdutória da forma pela qual a prova testemunhal ingressa no processo, visto que, posteriormente, devido a importância do tema para o presente estudo, será feita uma análise específica de como a prova testemunhal é (ou deveria ser) produzida em audiência.

Com efeito, a prova testemunhal será produzida em virtude do pedido das partes ou por ato de ofício do juiz, que, como já mencionado anteriormente, pode ouvir outras testemunhas,

¹⁹Artigo 213 do Código de Processo Penal: “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”.

²⁰Artigo 204 do Código de Processo Penal: “o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito”.

além daquelas arroladas pela acusação ou defesa. As partes, por sua vez, exercem esse direito por meio dos seguintes atos processuais: arrolar testemunhas, substituí-las ou desistir de suas oitivas. Além de que, deve ser garantido, ainda, às partes o direito de participar da audiência em que a prova testemunhal será produzida (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 184).

O número de testemunhas a serem arroladas pode variar, conforme o procedimento adotado e, segundo a jurisprudência, em caso de concurso de pessoas, o número deve ser contado de acordo com cada denunciado, assim como, deve ser contado para cada fato delituoso, quando forem imputados mais de um fato. No procedimento comum ordinário serão oito testemunhas; no procedimento sumário, cinco testemunhas; no procedimento sumaríssimo serão três testemunhas; na segunda fase do júri serão cinco testemunhas e no procedimento da Lei n. 11.343/06 (Lei de Tóxicos), serão, novamente, cinco testemunhas (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 580).

Salienta-se que “as testemunhas devem ser arroladas no momento procedimental previsto, sob pena, de preclusão e recusa da produção de tal prova” (LOPES JR., 2014, p. 685), o que permite concluir que, “as partes têm o direito de arrolar testemunhas, desde que o façam no momento processual adequado (denúncia, queixa e defesa prévia) e observem o número máximo fixado em razão da espécie de procedimento” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 185).

A fim de garantir efetividade ao direito que as partes têm de produzir a prova testemunhal, compete ao juiz, antes da data designada para audiência, determinar a intimação das testemunhas, dando-lhe ciência sobre o processo em relação ao qual vão depor, o local em que devem comparecer, o dia e a hora da solenidade aprazada. No entanto, “poderá a parte, expressamente, assumir o compromisso de trazer a testemunha para a audiência independentemente de intimação, hipótese em que não será exigível nenhuma providência do juízo” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 187-188).

Destarte, a testemunha pode apresentar-se em juízo por meio de três formas: a) intimada regularmente através de oficial de justiça; b) “debaixo de vara”, ou seja, conduzida coercitivamente e c) apresentada espontaneamente pela parte que a arrolou (AQUINO, 2015, p. 117). Eventualmente, se uma testemunha não for encontrada, o juiz deve oportunizar a manifestação da parte que a arrolou, a qual poderá insistir na sua oitiva, caso em que deve

indicar o novo endereço, substituí-la ou desistir de sua oitiva (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 185-186).

No caso de a testemunha estar impossibilitada de comparecer em juízo por enfermidade ou velhice, ela será ouvida onde estiver, de acordo com o artigo 220 do Código de Processo Penal²¹ (AQUINO, 2015, p. 117). De outro modo, conforme artigo 222, *caput*, e § 1º²², do aludido diploma legal, “para a oitiva de testemunha residente em outra comarca, será expedida carta precatória, sem suspensão da instrução criminal” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 187).

Por sua vez, devido as deferências que merecem os ocupantes de altos cargos do governo, estão excluídas de comparecer em juízo as pessoas indicadas pelo artigo 221 do Código de Processo Penal²³ e artigo 122, inciso VI, da Lei Complementar n. 304/82²⁴, que serão inquiridas em local, dia e hora previamente ajustados entre elas e o magistrado. Além de que, o § 1º, do artigo 221, do Código de Processo Penal²⁵, ainda, faculta às autoridades políticas ali mencionadas a possibilidade de prestarem depoimento por escrito (AQUINO, 2015, p. 124-125).

Assim, entendida a forma como o depoimento testemunhal ingressa no feito, é necessário enfatizar que, o testemunho, ainda que único, como elemento de prova, pode sustentar uma condenação, dependendo claro, da credibilidade que transmitir ao julgador. Isso porque, “não prevalece mais, em nosso, ordenamento, o princípio, segundo o qual, um único testemunho é considerado de nenhuma validade” (NUCCI, 2011, p. 476). Em outras palavras, “o testemunho singular está apto a merecer inteira credibilidade e ter total validade, uma vez

²¹Artigo 220 do Código de Processo Penal: “as pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem”.

²²Artigo 222 do Código de Processo Penal: “a testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes. § 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal”.

²³Artigo 221, *caput*, do Código de Processo Penal: “o Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz”.

²⁴Artigo 122, inciso VI, da Lei Complementar n.º 304/82: “além das garantias asseguradas pela Constituição e por outras leis, os membros do Ministério Público gozarão das seguintes prerrogativas: [...] VI – ser ouvido, como testemunha, em dia, hora e local previamente ajustados, com Juiz ou com a autoridade competente”.

²⁵Artigo 221, § 1º do Código de Processo Penal: “o Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício”.

que, seja a palavra de uma só pessoa, seja o unísono de mil vozes”, a decisão estará confiada ao critério uno e livre do julgador (AQUINO, 2015, p. 49).

A propósito, atualmente, não existem dados estatísticos oficiais que demonstrem qual a influência ou utilização, na prática, da prova testemunhal, nos processos penais brasileiros. Entretanto, justamente por ser um meio probatório muito utilizando, desde os tempos antigos até hoje, a doutrina penalista evidencia a importância da prova testemunhal, que muitas vezes é a única existente no feito para sustentar a decisão judicial.

Sob o enfoque histórico, vale dizer “a prova testemunhal é um meio de prova tão antigo quanto a humanidade, ao lado da confissão, perdurando até hoje como uma das principais em qualquer sistema judiciário” (NUCCI, 2015, p. 211). Conforme lecionam Mariana Fonseca Seger e Aury Lopes Jr.,

historicamente, há indícios de que a prova testemunhal tenha surgido nos tempos remotos da proto-história (período da pré-história anterior à escrita) como o primeiro elemento positivo de prova que tivesse o condão de dar implemento e eficácia às primeiras relações jurídicas, no momento em que o homem deixava de fazer justiça por si próprio e se subordinava ao imperativo de uma normalística geral. (SEGER; LOPES JR, 2012).

É consabido, pois, que no campo do direito processual penal não há demanda judicial sem a produção de prova testemunhal como instrumento utilizado para reconstruir a história do crime. À luz disso, Adalberto José Q. T. Camargo Aranha, citando Bentham, afirma que

“as testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça. Desde que os homens existem e desde que têm a pretensão de fazer justiça hão valido das testemunhas como o mais fácil e comum meio de prova; sua importância no campo criminal é considerável; frequentemente é a única base das acusações” (ARANHA, 2006, p. 156).

No mesmo sentido, Cristina Di Gesu assegura que: “a prova produzida no processo, principalmente no que concerne à Justiça Estadual, é iminentemente testemunhal. Milhares de feitos são julgados com base unicamente no depoimento de testemunhas, aliados a um indício qualquer” (DI GESU, 2014, p. 93). E, de acordo com Aury Lopes Jr., isso acontece “devido às restrições técnicas que a polícia judiciária brasileira enfrenta” (LOPES JR., 2014, p. 669).

Ademais, “por ser o meio probatório mais acessível e mais fácil de ser utilizado no processo judicial”, a prova testemunhal, seguidamente, a fim de motivar as decisões, é equiparada a meios de prova técnico-científicos como a prova pericial (SEGER; LOPES JR, 2012). Por isso, “não resta dúvida de que o testemunho, no processo penal, é o centro das investigações, influenciando sobremaneira na *opinio delicti* do representante do Ministério Público e na convicção do julgador” (AQUINO, 2015, p. 41).

Dessa forma, é possível constatar que, “a prova testemunhal é de origem muito antiga, desde os gregos, passando por todas as fases do direito romano, e de largo uso e importância no atual estágio da ciência do direito processual penal” (AQUINO, 2015, p. 201-202). Todavia, se no processo criminal a prova testemunhal “é a mais comum, encontrada e alicerçadora das provas, ao mesmo tempo representa a mais controversa, a ponto de receber o epíteto de ‘a prostituta das provas’” (ARANHA, 2006, p. 157). Assim, a par da relevância dada à prova testemunhal e de sua larga utilização prática, no próximo item, serão tecidos comentários sobre a precariedade do testemunho como meio de prova.

3.2 A fragilidade do testemunho, como meio de prova apto a influenciar diretamente no julgamento ante alguns fatores de contaminação.

Neste momento, propõe-se uma análise sobre determinados fatores de contaminação da prova testemunhal, que geram a sua falibilidade, quais sejam a vulnerabilidade da memória humana, o subjetivismo com que cada testemunha percebe os fatos, as falsas memórias, a sugestibilidade da testemunha diante do viés adotado pelo entrevistador, a mídia, o decurso do tempo e o subjetivismo do julgador ao analisar a prova.

É evidente que, pela objetividade do trabalho não se aprofundará cada tema exposto. Contudo, pretende-se, com esta explanação, chamar atenção dos operadores do direito, a fim de que saibam identificar e atacar tais fatores de contaminação e, por conseguinte, possa se ter uma prova oral produzida com maior qualidade, ou pelo menos, se busque evitar que as investigações e decisões fiquem limitadas a oitiva de testemunhas. Destaca-se que, não se intenciona desacreditar a prova testemunhal, mas, tão somente, revelar que ela, por si só e, em certos casos, não é apta a derrubar a presunção de inocência.

À vista disso, é preciso mencionar que, a prova testemunhal, apesar de “largamente utilizada e, muitas vezes decisiva para o deslinde da causa, [...] nem sempre poderá ser

considerada uma prova absolutamente segura ou de credibilidade indiscutível” (MACHADO, A., 2014, p. 507). Isso porque, “diferentemente do que se poderia pensar, as imagens não são permanentemente retidas na memória sob a forma de miniaturas ou microfímes”, uma vez que se isso acontecesse, “geraria problemas de capacidade de armazenamento, devido à imensa gama de conhecimentos adquiridos ao longo da vida” (LOPES JR; DI GESU, 2007).

Com efeito, a memória, pode ser definida como “a faculdade de reter as ideias, as impressões e os conhecimentos adquiridos”, envolvendo, também, a capacidade de lembrança, de reminiscência dessas impressões. Dessa forma, “o complexo processo mnemônico é dividido, portanto, em três momentos: aquisição, retenção e recordação”. Ocorre que, a aquisição de uma recordação não é exatamente uma réplica do fato percebido, pois acaba sendo limitada pela natureza do acontecimento (ou seja, por fatores como “tempo de observação, luminosidade, atenção aos detalhes, existência de violência, caráter estressante”) e pelas próprias características e limitações da testemunha (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008).

No que diz respeito a retenção desta recordação/memória, a informação é ainda menos completa e exata, pois existe a relação do tempo entre a observação do episódio e a recordação posterior, além da existência de possíveis informações obtidas após o fato, que contribuem para a deterioração da lembrança. Por fim, o terceiro momento do processo mnemônico é a recordação, na qual é “produzida a recuperação da informação armazenada na memória”. Na recuperação da lembrança também podem acontecer falhas, devido a uma aquisição defeituosa ou ao próprio processo de lembrança em si (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008).

Desse modo, “a fragilidade da prova testemunhal revela-se exatamente nessa dependência da memória dos fatos por parte da pessoa que os narra” (FLECH, 2012), pois, “ao reter e conservar a memória, o cérebro acaba por transformar a realidade, modificando-a, circunstância que demonstra o sério risco a que está submetida a solução do processo penal, ao utilizar quase que exclusivamente a prova Testemunhal” (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008).

Por outro lado, é preciso salientar que, “estes ‘prejuízos’ perceptivos e mnemônicos pouco (ou nada) têm a ver com a intenção da testemunha em colaborar ou não com o processo, em dizer ou não a ‘verdade’”, de modo que, a problemática que envolve a utilização da prova testemunhal, está ligada, principalmente, a fatores que, na realidade, fogem à liberalidade da pessoa que está testemunhando (SEGER; LOPES JR, 2012).

Outrossim, considerando que “a lembrança da testemunha acerca do fato delituoso não é capaz de reconstruí-lo da mesma forma como ocorreu na realidade”, novamente fica

demonstrado que “o ideal de ‘busca da verdade’ no processo, se revela deficitário, pois entre a realidade das experiências e a formação da memória e, entre essa e a posterior evocação, há um processo de tradução” (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008). A partir disso, portanto, volta-se a ideia tratada no primeiro capítulo, de que “a ‘verdade’ dos fatos não é elemento fundamental do sistema”, afinal, “a reconstrução de um fato histórico será sempre minimalista e imperfeita, justamente porque se reconstruirá no presente algo ocorrido no passado” (LOPES Jr; DI GESU, 2007).

Não bastasse a influência de tais fatores na captura da percepção, deve ser levada e conta, ainda, “a existência do inconsciente – um ‘mundo paralelo’ integrante da psique não integralmente decifrado, formado por aspectos que não são racionais, tampouco lógicos, e que, por si só, justifica a sustentação de fragilidade da prova testemunhal” (SEGER; LOPES JR, 2012).

Ademais, vale mencionar que, “a prova testemunhal nada tem de objetivo, vez que a mente humana - e, assim, a memória – não consegue ser desvinculada da razão, da emoção e das experiências já vividas”. Ao formar suas impressões, o ser humano confronta “a visão atual com as experiências vividas no passado ou com opiniões formadas anteriormente à observação” (SEGER; LOPES JR, 2012).

Além de que, o próprio delito, “sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima”. E, pelo que se tem constatado, “a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor)” (LOPES Jr.; DI GESU, 2007).

Assim, embora um dos princípios da prova testemunhal no processo penal brasileiro seja a objetividade, estudos da psicologia e da neurociência têm demonstrado que “a memória humana, além de subjetivar inteiramente as imagens percebidas, é passível de diversas formas de contaminação”, como é o caso das falsas memórias, “que podem afastá-la da cena do evento ocorrido, o que, por corolário, acabam por macular qualquer tentativa de verossimilhança entre o relato do sujeito-observador e o objeto (situação presenciada)” (SEGER; LOPES JR, 2012).

As falsas memórias, por sua vez, consistem na “inserção de uma informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito

‘falsa informação’, no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa” (LOPES Jr.; DI GESU, 2007). Resumidamente, as falsas memórias se constituem em “um fenômeno cujo efeito é nos lembrarmos de eventos que, na realidade, não ocorreram” (SEGER; LOPES JR. 2012).

Justamente por não serem intencionais ou não se tratarem de uma simulação, mas sim erros ou equívocos mnemônicos, as falsas memórias não permitem a configuração do crime de falso testemunho (art. 342 do Código Penal) (FLECH, 2012). Além do mais, as falsas memórias não podem ser confundidas com mentiras, visto que estas se tratam de atos conscientes de criação e manipulação, enquanto que, no caso de falsas memórias, o depoente acredita honestamente no que está relatado, o que torna mais difícil a sua identificação em relação a mentira, embora ambas sejam igualmente prejudiciais ao processo e à credibilidade da prova testemunhal (LOPES JR, 2011, p. 658).

Importa esclarecer que,

algumas falsas memórias são geradas espontaneamente como resultado de um processo normal de compreensão. São ocasionadas por distorções mnemônicas endógenas e são chamadas de falsas memórias espontâneas ou auto-sugeridas. Outro tipo de falsas memórias pode resultar de sugestões externas, feitas de um modo acidental ou deliberado [...] Nesse caso, as pessoas passam a recordar dos fatos sugeridos como se tivessem sido realmente vividos” (sic) (STEIN; NYGAARD, 2003).

Logo, “há tanto a possibilidade de as pessoas expostas à desinformação alterarem a memória de forma dirigida, quanto espontaneamente, ou seja, sem que haja sugestibilidade externa” (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008). Assim, “seja por ser integralmente subjetiva, seja por ser facilmente manipulável, a prova testemunhal tem natureza extremamente frágil” (SEGER; LOPES JR, 2012).

Nessa senda, tendo em vista a impossibilidade de ser solucionada a problemática da falsificação da lembrança, inúmeras pesquisas vêm apresentando a possibilidade de prevenir inexatidões nos depoimentos, por meio “da utilização de determinados procedimentos de identificação e de inquirição, os quais têm por escopo reduzir a formação de Falsas Memórias, minimizar os danos dela decorrentes e, conseqüentemente, conferir maior exatidão à prova colhida”, com destaque para a técnica de entrevista cognitiva (FLECH, 2012).

Aliás, “o viés do entrevistador, no momento do relato da testemunha ou da vítima, é fator muitas vezes decisivo para a coerência ou não do discurso do depoente”, haja vista que, frequentemente, “o entrevistador formula perguntas de maneira a buscar a resposta que deseja obter” (SEGER; LOPES JR, 2012). Sobretudo, no que tange ao testemunho infantil, a exatidão das declarações, “pode ser seriamente maculada, em razão do modo como a criança é inquirida e em função de seu alto grau de sugestibilidade, fomentando a formação de falsas memórias”, pois, as crianças são mais propensas à falsificação da lembrança (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008).

Merece destaque, também, como fator de contaminação, a mídia, haja vista que, o cenário do delito posto por ela, “pode confundir a testemunha sobre aquilo que efetivamente percebeu no momento do delito, com o que leu sobre o fato ou com o que ouviu posteriormente”. É preciso ressaltar “o fato de as notícias postas nos jornais, após o acontecimento do delito, influenciarem as pessoas envolvidas no cenário de um determinado processo, devido a sua carga de sensacionalismo e emotividade” (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008).

Dessa forma, pois, “ a indução ou sugestionamento pode acontecer tanto na oitiva das vítimas e na inquirição das testemunhas, através de questionamentos com viés eminentemente acusatório, como também através da mídia, a qual procura sempre fazer do crime um espetáculo” (DI GESU, 2014, p. 155).

Para mais, verifica-se o intervalo de tempo decorrido entre a observação do fato delituoso e o relato da testemunha como um fator prejudicial à qualidade da prova, haja vista que “o transcurso do tempo é fundamental ao esquecimento, pois além de os detalhes dos acontecimentos desvanecerem-se no tempo, a forma de retenção da memória é bastante complexa”, como já referido, não sendo possível a testemunha buscar em sua memória a recordação tal e qual ela foi apreendida. Além de que, “a cada evocação da lembrança, esta acaba sendo modificada”, o que evidencia a necessidade de a prova ser colhida em um prazo razoável” (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008).

Em outras palavras, pode-se aumentar a confiabilidade da prova testemunhal, ou ao menos, diminuir os danos da falsificação da lembrança, se a sua coleta acontecer em um prazo razoável. Afinal, “quanto menor o intervalo de tempo entre o fato delituoso e as declarações das vítimas e das testemunhas, menor será a possibilidade de haver esquecimento e menor a possibilidade de influências externas”. Entretanto, “a complexidade está em estabelecer qual

seria este prazo”, uma vez que, “em termos processuais, não há como acelerar demais o procedimento, a fim de evitar o atropelo das garantias, mas, em contrapartida, também não há como demorar muito, para não cair no esquecimento” (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008).

Por fim, cabe lembrar que a avaliação de toda prova produzida no processo, embora não seja feita de forma discricionária, em razão da observância devida ao princípio do livre convencimento motivado, pode ser também contaminada pelo próprio subjetivismo do julgador, que acaba por introduzir suas vivências no processo, mormente quando analisa a prova (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008).

A propósito, “a credibilidade da prova testemunhal dependerá do contexto probatório e de quanto persuadiu o julgador” uma vez que, desde o abandono do sistema tarifário de provas, nenhuma prova tem valor definido. E, “através da motivação da decisão poderá ser realizado um controle de determinado depoimento e de como contribuiu à emissão de um veredicto” (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008). Assim, “certo é que, para nós, em face do sistema processual que adotamos, todas as provas são relativas e avaliadas pelo juiz em seu conjunto”, não sendo diferente, pois, com o testemunho, que terá “sua credibilidade medida em função do conjunto de provas” (ALTAVILA, 2009, p.183).

Na verdade, “esse é o ponto nevrálgico da questão: produzir uma prova mais qualificada e, conseqüentemente, mais confiável, apta a convencer o julgador”. Sem esquecer, é claro, que “por mais credibilidade que o depoimento de uma testemunha possa transmitir, em se tratando de fé, sua adesão é sempre discutível, ou seja, a questão sempre será objeto de controvérsia por parte daquele que não foi convencido” (GIACOMOLLI; DI GESU 2008).

Deixando-se de lado a problemática da qualidade técnica do testemunho, é preciso mencionar outro problema crucial que o processo penal enfrenta, quando tem sua elucidação sujeita à prova testemunhal, consistente na falta de comparecimento das testemunhas para depor. Com efeito, é notório para aqueles que atuam na área “os inconvenientes causados por essas testemunhas que procuram ludibriar o Judiciário, com o fito de se furtarem a depor, seja para evitar perda de tempo, dinheiro, transtornos, seja até mesmo por medo da pompa que o Judiciário ostenta” (AQUINO, 2015, p. 196).

Além disso, mais um entrave relacionado ao não-comparecimento da testemunha está no fato da sua não-localização. É muito comum que, devido ao lapso temporal ocorrido entre a investigação policial e o chamamento para depor em juízo, as testemunhas tenham mudado de endereço e, por conseguinte, não sejam encontradas. (AQUINO, 2015, p. 196).

Diante de tudo quanto exposto, lecionam Nereu José Giacomolli e Cristina Di Gesu que, “o ideal seria o abandono da ‘cultura’ da prova testemunhal, produzida com pouquíssima qualidade e o fomento do uso da tecnologia na produção da prova, com respeito, é claro, aos direitos e às garantias constitucionais”. Todavia, considerando-se a distância entre o “ideal” e o “real”, se mostra necessário trabalhar com “medidas de redução dos danos, aptas a minimizar as contaminações a que está sujeita a prova testemunhal” das quais, os referidos autores sugerem, dentre outras, a colheita da prova em um prazo razoável, a adoção de técnicas de interrogatório e entrevista cognitiva, o registro eletrônico das entrevistas feitas na fase investigativa e a utilização de uma abordagem, pelo entrevistador, através de outros aspectos, que não o acusatório, por ocasião dos depoimentos ofertados pelas testemunhas ou vítimas (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008).

De qualquer forma, o fato é que não se pode pôr em dúvida a importância da prova testemunhal, porque não restam dúvidas do auxílio que esse meio probatório presta ao processo penal, não raro, como se sabe, sendo a única forma em que se consegue positivar um fato. (AQUINO, 2015, p. 195).

Por conta disso, com muita sabedoria, afirma José Carlos G. Xavier de Aquino que, “conquanto haja, por vezes, essas ‘extensas modificações’ entre a realidade fática e a transmissão do testemunho, a verdade é que o instituto do testemunho é indispensável para o processo penal” (AQUINO, 2015, p. 195). Na mesma linha, assevera Eugênio Pacelli de Oliveira que “nada obstante, reconhecida que seja a fragilidade, em tese, da prova testemunhal, a maior parte das ações penais depende de sua produção (OLIVEIRA, 2014, p. 413).

Por isso, pois, “a testemunha, dentro de nosso Direito Penal, continua incrustada como um mal necessário, que não podemos extirpar, sob pena, de comprometermos os demais órgãos do corpo do processo” (ALTAVILA, 2009, p. 186). Todavia, “já que a prova testemunhal se constitui mesmo numa prova importante, utilizada em praticamente todos os processos penais” é necessário que se faça uso dela “com bastante prudência, tanto por ocasião da sua colheita pelo juiz, quanto no momento de sua valoração, ao final, no julgamento da causa” (MACHADO, A., 2014, p. 507).

Outrossim, em razão da indispensabilidade da prova testemunhal, bem como da fragilidade desse meio probatório, que pode ser facilmente maculado, debate-se fortemente a maneira como deve ser feita a inquirição das testemunhas em juízo, o que será analisado de ora em diante.

3.3 O modelo atual de inquirição de testemunhas e a controvérsia acerca da interpretação do artigo 212 do Código de Processo Penal.

Levando-se em conta as alterações legislativas conferidas pela Lei n. 11.690/2008, que reformou o Código de Processo Penal e, por conseguinte, provocou mudanças na forma de inquirição de testemunhas, busca-se tecer uma explanação sobre a interpretação constitucionalmente apropriada do artigo 212, do Código de Processo Penal, a partir de uma análise sobre a controvérsia que se criou após a alteração do aludido dispositivo legal acerca da atuação do magistrado durante o referido ato processual. Outrossim, objetiva-se, esclarecer o funcionamento do atual modelo de inquirição de testemunhas, denominado de *cross-examination*, reafirmando-se sua adoção e necessidade de observância, em respeito ao sistema acusatório e aos princípios constitucionais.

Como já consabido, devidamente intimadas e tendo comparecido na solenidade aprazada, as testemunhas serão ouvidas, separadamente. A inquirição das testemunhas será feita por videoconferência, quando o juiz verificar que a presença do réu pode lhes causar humilhação, temor ou sério constrangimento. Caso não seja possível a realização de videoconferência, o juiz determinará a retirada do réu da sala de audiência, devendo a oitiva da testemunha ser presenciada pelo defensor do acusado, bem como devendo constar no termo de audiência a adoção de tais medidas (artigo 217, do Código de Processo Penal²⁶). Cumpre lembrar que, a Lei n. 9.807/99 estatuiu regras para a organização e manutenção de programas de proteção às testemunhas e vítimas ameaçadas (BONFIM, 2014, p. 434).

Primeiro, ouvem-se as testemunhas arroladas pela acusação e, posteriormente, aquelas indicadas pelo acusado, assegurando-se, assim, a plena defesa do réu, pois, “tendo prévio conhecimento dos elementos de que dispõe o Ministério Público para demonstrar a imputação, poderá melhor produzir a prova”. Vale lembrar, entretanto, que, ressalvado o contraditório, admite-se eventual inversão nesta ordem, “quando, expedida precatória para ouvir testemunha de acusação, a não-suspensão do processo ocasione a inquirição de testemunha da defesa antes da realização da audiência na comarca deprecada” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 193).

²⁶Artigo 217 do Código de Processo Penal: “se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram”.

Cada testemunha, deve ser compromissada e advertida, pelo magistrado, sobre o crime de falso testemunho, consoante artigo 210, *in fine*, do Código de Processo Penal²⁷. Após ser compromissada, a testemunha deve ser qualificada, declarando, conforme artigo 203 do Código de Processo Penal: “seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 584-586).

Depois de qualificada a testemunha, surge a oportunidade de as partes contraditarem, ou seja, impugnam a oitiva da testemunha. Isso ocorre nos casos em que a pessoa que vai prestar declarações está impedida de depor ou de não precisar prestar compromisso, conforme estabelecem os artigos 207 e 208 do Código de Processo Penal. As partes também podem alegar circunstâncias que tornem a testemunha suspeita de imparcialidade ou indigna de fé, consoante artigo 214 do Código de Processo Penal²⁸, a fim de alertar o julgador, para que dê a devida valoração ao depoimento daquela testemunha, pois se tratam de circunstâncias que não impedem a tomada do depoimento nem do compromisso (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 584-586).

Superadas essas etapas, será tomado o depoimento da testemunha, ou seja, ela vai relatar o que sabe sobre o fato delituoso em questão. À luz disso, antes da reforma do Código de Processo Penal, que aconteceu em 2008, a inquirição testemunhal ocorria de acordo com o sistema presidencialista, de modo que as partes dirigiam suas perguntas ao magistrado que as repassava para a testemunha, podendo o juiz, também, realizar perguntas à testemunha em qualquer momento da solenidade (MACHADO, 2010, p. 01-02).

In verbis, a redação anterior do artigo 212 do Código de Processo Penal, determinava o seguinte: “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 repetição de outra já respondida”. Tal dispositivo, como já mencionado, estabelecia o sistema presidencialista de inquirição, “segundo o qual apenas o magistrado poderia dirigir-se à testemunha” (BONFIM, 2010, p. 475).

²⁷Artigo 210 do Código de Processo Penal: “as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho”.

²⁸Artigo 214 do Código de Processo Penal: “antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208”.

De outro modo, atualmente, dispõe o *caput* do artigo 212, do Código de Processo Penal que “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”. Além disso, o parágrafo único conclui assegurando que, “sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”.

Ocorre que, a nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, conferida pela Lei n. 11.690/2008, despertou inúmeras interpretações acerca da atuação do juiz na inquirição das testemunhas. Como bem observa Thiago André Pierobom de Ávila,

após a edição desse dispositivo, grande celeuma se deu sobre a correta interpretação do parágrafo único do referido dispositivo, surgindo duas correntes de interpretação: (a) nada foi alterado nesse tema, tendo ainda o juiz a prerrogativa de iniciar as perguntas, seguido pelas partes (que agora perguntam de forma direta à testemunha), podendo o magistrado, ao final, fazer novas perguntas para sanar outras dúvidas; (b) o novo art. 212 alterou a ordem das perguntas, para estabelecer que as partes perguntam em primeiro lugar e o juiz apenas complementa as perguntas sobre os pontos não esclarecidos (ÁVILA, 2012, p. 02).

Representando parte da corrente penalista que defende que a nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal não provocou alteração no sistema inicial de inquirição das testemunhas pelo juiz, em relação ao texto anterior, pode-se citar o pensamento do professor e doutrinador Guilherme de Souza Nucci, segundo qual,

a Lei 11.690/2008 eliminou o sistema presidencialista de inquirição das testemunhas, ou seja, todas as perguntas formuladas pelas partes não mais precisam *passar* pelo juiz para transmissão à testemunha; as partes podem perguntar diretamente à pessoa inquirida, sob o controle do magistrado, que pode indeferir as indagações impertinentes ou irrelevantes. [...] Porém, tal inovação, como mencionamo, 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. A nova redação dada ao art. 212 manteve o básico. Se, antes, dizia-se que “as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha”, agora se diz que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha (...)”. Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado. E quanto às perguntas das partes (denominadas *reperguntas* na prática forense), em lugar de passarem pela intermediação do juiz, serão dirigidas diretamente às testemunhas. Depois que o magistrado esgota suas indagações, passa a palavra à parte que arrolou a pessoa depoente (NUCCI, 2015, p. 225-226).

Da mesma forma, Marco Antônio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas entendem que, apesar de abolir o sistema presidencialista e possibilitar que as partes inquiram diretamente as testemunhas, sem intermediação do magistrado, o qual ficará incumbido de fiscalizar as perguntas, podendo indeferi-las, a nova redação do artigo 212 não adotou de forma integral o sistema de pergunta cruzada e direita, pois, apenas “se limitou a alterar o art. 212, que sempre tratou das perguntas das partes ou das reperguntas ou reinquirição, mantendo todos os demais inalterados, ou seja, a inquirição judicial inicial permaneceu intocada” (SILVA; FREITAS, 2012, p. 352).

Por outro lado, apesar de existirem posicionamentos contrários, defende-se, a ideia de que, a nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal modificou sim, a dinâmica da inquirição de testemunhas no processo penal, bem como a forma de atuação do magistrado no respectivo ato processual, a qual passou a ser supletiva, ou complementar a das partes. Isto é, com o advento da Lei n. 11.690/08, as perguntas serão feitas pelas partes, diretamente à testemunha, cabendo ao juiz, o papel de não admitir aquelas perguntas que possam induzir a resposta, que não tenham relação com a causa ou repitam outras já respondidas.

Além de que, de acordo com o parágrafo único do artigo 212 do Código de Processo Penal, o magistrado também poderá complementar a inquirição da testemunha, sobre os aspectos não esclarecidos. Tal sistemática reflete a “adoção do sistema de origem anglo-americano, denominado *cross-examination*, que favorece a efetividade do contraditório na medida em que o juiz permanece em posição equidistante da atividade probatória, observando a produção de prova pelas partes, de modo a preservar melhor a sua imparcialidade e isenção de ânimo” (MACHADO, A., 2014, p. 510).

Na melhor explicação, “as partes direcionam suas perguntas diretamente à testemunha, de modo que quem a arrolou (Defesa ou Ministério Público) pergunta primeiro (*direct-examination*), devendo a outra parte realizar sua arguição logo na sequência (*cross-examination*)”, ou seja, a atuação do juiz na inquirição testemunhal será supletiva. Essa regra, advinda pelo parágrafo único do artigo 212, representa a concretização no processo penal brasileiro do sistema acusatório, disposto na Constituição Federal (MACHADO, 2010).

Com efeito, “a mudança foi muito importante e adequada, para confirmar o CPP à estrutura acusatória desenhada na Constituição que, como visto anteriormente, ao tratarmos dos sistemas processuais, retira do juiz o papel de protagonista da instrução” (LOPES JR., 2014, p.

669). Afinal, “sistema acusatório não é apenas o MP promover, privamente, a ação penal pública, mas sim, a necessidade que se busca no processo (por isso sistema) de se afastar o juiz da persecução penal, mantendo sua imparcialidade e retirando de suas mãos a gestão da prova” (sic) (RANGEL, 2011, p. 555).

Assim, os questionamentos às testemunhas iniciam pelas partes e terminam pelo magistrado, pelo que a norma está em consonância com o sistema processual acusatório, visto que o julgador adota uma postura neutra na produção probatória e, assim, evita-se que o juiz tome o lugar da acusação (OLIVEIRA, 2014, p. 422-423.) Importa destacar que, “não se retira o comando da audiência e a valoração da prova do magistrado, na medida em que ele continua controlando as perguntas, pois a prova se destina a seu convencimento, podendo formular questões suplementares, ao final” (DI GESU, 2014, p. 98.) Aliás, “diferentemente do que se possa pensar, isso em nada diminui o papel da magistratura na audiência, muito pelo contrário. O juiz exercerá o papel de garantidor dos direitos e garantias fundamentais do acusado” (RANGEL, 2011, p. 555.).

Nesse ponto, o modelo de inquirição adotado pelo ordenamento processual brasileiro, “assemelha-se ao crossexamination norte-americano, pois, em ambos, a acusação e a defesa formulam os questionamentos diretamente às testemunhas, as quais também ficam sujeitas ao contra interrogatório da parte adversa”. Todavia, o que difere o sistema brasileiro do norte-americano é que aqui, “a inquirição não é tarefa exclusiva das partes” (sic) (GIACOMOLLI; GESU, 2008). Isto é, “o processo penal brasileiro, não limitou a atuação do juiz, no sentido de somente presidir o ato, permitindo-lhe a faculdade de complementar a inquirição acerca dos pontos não esclarecidos” (DI GESU, 2014, p. 98).

Na verdade, a forma de inquirição testemunhal brasileira, “possui maior semelhança com aquilo que os italianos chamam de *esame incrociato* (perguntas cruzadas), levando-se em conta a previsão do Código de Processo Penal italiano acerca da possibilidade de intervenção do magistrado ao final”. O denominado exame cruzado italiano tem por escopo submeter a testemunha a uma “imediata verificação pelas partes contrapostas”, através de um mecanismo articulado e complexo, com regras precisas, que se divide em três momentos fundamentais: exame direto (conduzido pela parte que requereu a oitiva da pessoa que irá prestar declarações), contra exame (as partes que não requereram a oitiva daquela testemunha podem formular suas eventuais perguntas) e reexame (ocorrendo o contra exame, a parte que conduziu o exame direito pode fazer novas perguntas) (DI GESU, 2014, p. 98).

Para mais, destaca-se que, muito importante para conter a ocorrência de falsas memórias, “é o fato de a legislação processual vedar as perguntas prejudiciais à sinceridade das respostas, isto é, proibir a parte que postulou a oitiva da testemunha a formulação de perguntas sugestivas às respostas, cabendo ao juiz fiscalizar a produção desta prova”. Entretanto, “em que pese o ganho com a previsão legislativa acerca da inadmissibilidade das perguntas sugestivas, nada se questiona sobre a vantagem da realização de um relato livre da testemunha antes das perguntas das partes”. Acredita-se que “quanto mais abrangente o relato, mais fidedigno ele será, embora não ofereça muitos detalhes” (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008).

Feitas tais considerações, volta-se a compreensão do sistema adotado pela legislação processual brasileira para inquirição de testemunhas, restando claro, pois, que, “primeiramente a parte demonstra o que pretende provar com a inquirição de determinado sujeito; em seguida, garante-se o contraditório e, por último, o magistrado realiza a complementação, na esteira da situação processual formada com as perguntas”, visando esclarecer o que, a seu juízo, não ficou claro. Assim, “evitam-se os intentos inquisitoriais, o assumir o lugar da parte, a parcialização do sujeito encarregado do julgamento” (DI GESU, 2014, p. 97-98). Em suma, “trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num processo penal acusatório e democrático” (LOPES JR., 2014, p. 670).

Dessa forma, considerando-se que, as partes devem fazer suas perguntas para a testemunhas e, somente ao final, caberá ao juiz “esclarecer pontos ainda não elucidados” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 586), duas mudanças foram geradas pela nova lei. Primeiro, as partes podem dirigir suas perguntas diretamente às testemunhas, “característica típica do sistema acusatório inglês, de forma a permitir maior protagonismo das partes na produção da prova”. Em segundo lugar, a ordem das perguntas foi alterada, de modo que, as partes perguntam, conforme o *caput* do artigo, para, somente depois, o juiz inquirir a testemunha, afim de fazer esclarecimentos, na forma do parágrafo único (ÁVILA, 2012, p. 08).

Assim, se garantem o equilíbrio e o contraditório na formação da prova” (DI GESU, 2014, p. 97), além de se preservar a imparcialidade do magistrado. Ademais, cumpre reafirmar que “o juiz, imparcial que é, não deve ser um produtor de prova, mas, sim, apenas o seu gestor e destinatário, logo, as suas iniciativas nesse campo devem limitar-se ao esclarecimento de pontos e dúvidas que possam decorrer das provas propostas e produzidas pelas partes” (MACHADO, A. p. 475).

Em razão disso, “situação distinta e mais grave se dá quando o Ministério Público não está na audiência e, diante da ausência do acusador, assume o juiz esse papel, formulando as perguntas”, ferindo o sistema acusatório, a imparcialidade e a paridade de armas (LOPES JR., 2014, p. 673-674). Destarte, vale ressaltar que, para que a instrução ocorresse como estabelece o Código de Processo Penal, imprescindível seria que ambas as partes, Promotores e Defensores constituídos, estivessem sempre presentes, o que, como infelizmente consagrado em nosso cotidiano forense, não ocorre por diversos motivos.

Ademais, não é exagero dizer que, “a sistemática atual, exige a presença do acusador e do defensor na audiência e, deste, efetividade, sob pena de ofensa às garantias constitucionais” (DI GESU, 2014, p. 98), além de que, exige, também, que o Ministério Público se amolde a lei, ou seja, que os promotores aprendam a fazer as perguntas e estejam sempre inteirados do processo, para que possam perguntar os dados relevantes às testemunhas (RANGEL, 2011, p. 555). Logo, conclui-se que, “o mais difícil, com certeza, não é compreender a nova redação do artigo, mas abandonar o ranço inquisitório que ainda domina o senso comum dos atores judiciários” (LOPES JR., 2014, p. 670).

Por fim, é necessário explicar que “os vícios ocorridos na produção da prova testemunhal, sejam anteriores a audiência, sejam nela verificados, atingirão os atos posteriores, inclusive a sentença, salvo se a pessoa ouvida não trazer elementos que influam no julgamento do processo” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 193-194). Por isso é tão importante entender e respeitar o sistema de inquirição das testemunhas estabelecido pelo ordenamento jurídico, pois, havendo nulidade deste ato, todos os demais, que dele decorram, precisão ser refeitos, conforme se verá a partir de agora.

4 AS NULIDADES PROCESSUIAS PENAIS E A PERTINÊNCIA DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELOS TRIBUNAIS PARA DECIDIR SOBRE NULIDADE NOS CASOS DE INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS

“A legitimidade da decisão, está no procedimento para se tomar essa decisão”.

Aury Lopes Jr.

Depois de realizada uma análise no que tange ao direito de produzir prova no processo penal, delimitando os princípios constitucionais que devem ser respeitados, bem como

discorrendo acerca da relação da produção probatória com os sistemas processuais penais e tendo sido, ainda, tratado especificamente da prova testemunhal, com ênfase no modelo adotado atualmente para inquirição de testemunhas em audiência, passa-se a esmiuçar o problema jurídico proposto, que pode ser entendido como uma grande fonte de controvérsia oriunda da reforma do Código de Processo Penal, ocorrida em 2008.

Para tanto, de início, será traçada uma síntese da teoria das nulidades no processo penal brasileiro, abordando desde a necessidade de se ter um procedimento formalizado, passando pela classificação dos atos processuais, até que se possa compreender o conceito de nulidade, seus princípios e a distinção entre nulidades absolutas e relativas. Em seguida serão apresentados julgados dos Tribunais Superiores, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, envolvendo questões relacionadas à problemática, bem como a posição da doutrina sobre o tema. E, então, finalmente, discorrer-se-á acerca do erro ou acerto das referidas decisões, a fim de verificar se argumentos utilizados pelos Tribunais brasileiros, para decidir sobre nulidade decorrente da violação à ordem de inquirição estabelecida pelo artigo 212 do Código de Processo Penal, são apropriados ou se tratam de falácias que estão relativizando as nulidades.

4.1 A teoria das nulidades no processo penal brasileiro, de acordo com a dogmática tradicional

Neste ponto será feita uma explanação acerca da teoria das nulidades no processo penal. Discorrer-se-á sobre a necessidade de um procedimento formalizado, para que se possa garantir uma pena justa ao réu, esclarecendo que a criação do instituto das nulidades se deu com esse intuito, ainda que construído com base na teoria geral do processo. Apresentar-se-á, de acordo com a doutrina tradicional, o conceito de nulidade e sua natureza jurídica, bem como a distinção entre nulidade relativa e absoluta e os princípios que regem a aplicação das nulidades.

Inicialmente, vale ressaltar que, o tema das nulidades processuais penais se trata de “um assunto que envolve uma série de outras questões, já que muito está ligado ao próprio formalismo, pois, em regra, a nulidade decorre da quebra da forma prevista para o ato, com infringência do devido processo legal” (PASCHOAL, 2014a).

Assim, como premissa ao estudo das nulidades processuais, precisa-se compreender que “a tarefa de aplicar o direito às situações concretas não é realizada aleatoriamente pelos órgãos

estatais; ao contrário, a atividade processual também é regulada pelo ordenamento jurídico, através de formas que devem ser obedecidas pelos que nela intervém” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 21).

Desse modo, a institucionalização de um direito formalizado, principalmente no âmbito penal, “mediante o delineamento do monopólio do poder de punir e da centralização de um poder”, caracteriza-se como fator importante “não apenas para a proteção da suposta vítima, mas também do pretense agressor”. Isso porque, a formalização do direito ocorreu para prevenir todas as formas de violência, “não só a decorrente do agressor (delinquente), mas também — e sobretudo — a da suposta vítima, cuja vingança seria sempre incontrolável”. Nesta senda, o direito penal e, como consequência, o processo penal, que lhe serve de instrumento, propõem-se não apenas a permitir à punição, mas a permitir àquela mais justa, equânime e proporcional (PASCHOAL, 2014a).

Ocorre que, “com a institucionalização do poder, surgiu o problema do seu abuso” e, “de nada valeria a garantia do formalismo penal (mediante a legalidade dos delitos e das penas) se não houvesse, por seu turno, a garantia de um processo, ainda que, nos primórdios, minimamente regrado”. Em suma, o direito penal não seria uma garantia “se o processo pudesse ser conduzido da forma como bem entendesse o árbitro ou juiz”. Para isso, pois, o formalismo processual revela-se importante, pois confere segurança às pessoas e maior certeza às relações jurídicas (PASCHOAL, 2014a). Vale dizer, “a forma não é tão somente uma garantia de justiça, mas uma garantia de confiança dos cidadãos no direito” (GLOECKNER, 2015, p.151-152).

Assim, como “consequência natural da fixação de regras legais para a realização dos atos processuais, somente aqueles atos praticados em conformidade com o modelo legal são considerados válidos perante o ordenamento e aptos a produzirem os efeitos desejados”. Aos atos que não atenderem a forma traçada pela lei, serão estabelecidas “*sanções*, que variam segundo a maior ou menor intensidade do desvio do tipo legal” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 22).

A partir desta perspectiva, os atos processuais, comumente costumam ser divididos pela doutrina em: meras irregularidades; nulidades relativas; nulidades absolutas e atos inexistentes. Os atos irregulares são aqueles cujo defeito não compromete as garantias constitucionais e processuais tuteladas, caracterizam-se, apenas, por possuírem mera irregularidade formal de pouca relevância, que, por isso mesmo, não atinge a validade do ato (LOPES JR., 2014, p. 1164). Em sínteses, o ato irregular é “ato defeituoso, viciado, porém que não sofreu sanção de

nulidade, permanecendo válido” (RANGEL, 2011, p. 896), uma vez que, “o desacordo com o modelo legal é mínimo, não chegando a descaracterizar o ato”. A validade desses atos processuais não é afetada, pois a forma não é um fim em si mesma (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 23).

Por outro lado, “os atos nulos são aqueles em que a falta de adequação ao tipo legal pode levar ao reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos no mundo jurídico” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 23). Isto é, são atos processuais “realizados com defeito, em que o princípio constitucional ou processual tutelado é atingido”, sendo que tal lesão principiológica “compromete a regularidade processual (LOPES JR., 2014, p. 1165). Assim, os atos nulos, consistem naqueles atos invalidados pela sanção de nulidade e se subdividem em nulidades relativas e absolutas, as quais serão analisadas, especificamente, adiante (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1214).

Finalmente, atos inexistentes são aqueles que ferem de maneira tão grave a lei, que por esse motivo são considerados como se não tivessem existido. Não comportam convalidação, precisando, pois, serem renovados. Do mesmo modo, não exigem decisão judicial que os declarem inválidos (NUCCI, 2011, p. 953). Na verdade, “não se cogita de invalidação, pois a inexistência constitui um problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 22). Assim, os atos inexistentes sequer ingressam no mundo jurídico por não possuírem elemento essencial exigido pela lei (LOPES JR., 2014, p. 1165). Portanto, ato inexistente é um ato que existe de fato, mas por não deter elemento considerado essencial, não existe para o direito (MIRABETE, 2006, p. 614).

A luz disso, em apertada síntese, pode-se concluir que há situações em que “a desconformidade com o modelo legal é tão intensa que se chega a falar em *inexistência* do ato”; em outros casos “ao contrário, o desatendimento às prescrições legais não compromete os objetivos pelos quais a forma foi instituída” de modo que são tidos como meras irregularidades, cuja eficácia é mantida; e, “finalmente, para certos desvios de forma estabelece-se a sanção de *nulidade*, pela qual a lei possibilita que se retire do ato a aptidão de produzir efeitos” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 22).

Dessa forma, “a regra é que a realização exata do ato o torna, em regra, infenso ao pronunciamento da invalidade, ao passo que a prática defeituosa (ou mesmo a sua omissão, quando for necessário) seja interpretada como atentatória a algum objetivo legalmente instituído”. E, somente em casos excepcionais, “quando for verificado que o vício, mesmo

assim, não acarretou a vulneração de um valor importante no curso do processo, não haverá nulidade” (PASCHOAL, 2014a). Nessa linha, pois, “a preservação dos direitos e garantias fundamentais está intimamente relacionada a teoria das nulidades” (GLOECKNER, 2015, p. 149-150).

Nota-se, contudo, que os conceitos de existência, validade e eficácia, bem como a própria classificação que se faz entre as hipóteses de nulidade, foram construídos no direito civil, levando em conta os interesses colocados em jogo no processo, sendo aproveitados ou transportados, de forma acrítica, para o processo civil e, sobretudo, penal. Ou seja, “o tema das nulidades é próprio de teoria geral do direito, tendo sido construído primeiramente pelos civilistas e depois importado para o sistema processual” (PASCHOAL, 2014a).

Ocorre que, os postulados de direito processual civil, na verdade, “estabelecem-se em marcos contrapostos à doutrina penal”. Ademais, em se tratando de nulidades na esfera penal, “em vista do período de elaboração do texto legal, também estão muito presentes a cultura inquisitória e um paradigma autoritário de defesa social” (LOUREIRO, 2006, p. 17).

Não bastasse isso, “outra grande limitação que acomete o direito processual penal brasileiro é a ausência de codificação suficiente de normas teóricas e sistematizantes que consolidem um sistema com base na teoria das nulidades”. Diz-se isso porque existem apenas cinco artigos no Código de Processo Penal que disciplinam a matéria (artigos 563, 565, 566, 572 e 573), enquanto os demais, “versam acerca de hipóteses abstratas nas quais deve ser declarada nulidade” (LOUREIRO, 2006, p. 17).

Na verdade, de acordo com Paulo Rangel, existem três sistemas de nulidades. O Sistema da Certeza Legal, pelo qual o legislador processual penal é que determina quais são as hipóteses legais de nulidades e o juiz deve ficar adstrito, ou seja, não pode ampliar, de forma alguma, essas hipóteses. O sistema do Instrumento das Formas, que, ao contrário do anterior, nesse sistema, o juiz tem liberdade para decidir quando uma situação é passível de nulidade. Isto é, há uma discricionariedade das formas outorgada ao juiz. E, por fim, o Sistema Misto, que é um sistema eclético, que mescla os dois sistemas anteriores. Significa dizer, existem hipóteses fechadas de nulidades e, nesses casos, o juiz não pode ir além, mas também existem algumas previsões que permitem que o juiz adapte sua interpretação, pois são hipóteses amplas. O sistema misto seria, portanto, na linha do que foi dito acima, o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. (2011, p. 890-891).

Contudo, o que se observa quando são analisados casos práticos em que há arguição de nulidade, é que predomina hoje em dia o sistema da instrumentalidade das formas, na medida em que “se dá mais valor à finalidade pela qual a forma foi instituída e ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 30-31).

Compreendida, assim, a necessidade e a importância das nulidades para preservação das garantias que são instituídas através das formas, bem como a classificação dos atos processuais e os sistemas existentes, resta tratar do que seja, especificamente, nulidade e quais os princípios que regem a sua aplicação.

Nessa perspectiva, nulidade, de acordo com a concepção adotada majoritariamente na doutrina e na jurisprudência brasileira, “é a sanção aplicada pelo juiz em razão da verificação de um ato processual defeituoso” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1203). Todavia, importante mencionar que, para alguns juristas nulidade é o defeito jurídico que invalida total ou parcialmente um ato (NUCCI, 2011, p. 953).

Com efeito, “em nosso país, a dogmática não faz uma delimitação clara no que consiste a nulidade, sendo o termo utilizado tanto para designar o ato reputado defeituoso quanto a resposta judicial à invalidez, assim como a teorização que se realiza a respeito de ambas”. Ademais, “o Código de Processo Penal incorpora esta imprecisão, usando o termo nulidade tanto para designar a decisão judicial que nulifica o ato quanto a violação formal”, exemplo disso é que o *caput* do artigo 564 refere que “a nulidade ocorrerá nos seguintes casos”, quando, na verdade, a nulidade não necessariamente ocorrerá nos casos enumerados, visto que a nulidade somente se verifica depois de uma decisão judicial “que decreta que o ato processual inquinado não pode gerar os efeitos a que se destinava” mas, sim se tratam de hipóteses previstas em que o ato será irregular (LOUREIRO, 2006, p. 14).

Por essa razão, é comum confundir nulidade com vício, porém nem todo vício gera nulidade (PASCHOAL, 2014b, p. 07). Isso porque, “a nulidade dos atos processuais não é automática, dependendo sempre seu reconhecimento de um pronunciamento judicial” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 23). Assim, seguindo-se a conceituação esboçada pela corrente majoritária, tem-se que “nulidade não é o vício que inquina o ato, mas, sim, a sanção que se aplica ao ato viciado, em desconformidade com a lei” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1209).

Desse modo, “ nulidade é o efeito de uma irregularidade ou de um vício, aquilo que surge em decorrência deles, e não o defeito em si. Vícios, irregularidades e nulidades têm, portanto, relação de causa e implicação: os dois primeiros podem conduzir ao último” (DELFINO, 2015). Entretanto, ressalta-se que, mesmo conceituada como sanção, a nulidade não deve ser vista como um mal, que tem que ser evitado a todo custo, uma vez que “será justamente através do reconhecimento da nulidade que se garantirá a higidez do processo” (PASCHOAL, 2014a).

Aliás, não se pode esquecer, pois, que as nulidades processuais têm natureza de garantia constitucional e servem, dentre outras coisas, para refrear o poder punitivo estatal (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1207). Assim, “a própria relação entre pena e processo não pode dispensar um tratamento minimalista das nulidades, pois a consequência do desrespeito às formas é uma pena ilegítima” (GLOECKNER, 2015, p. 157).

Vale dizer, o pronunciamento da sanção de nulidade, constitui um direito fundamental, pois configura “uma autêntica garantia das garantias, em prol da observância do devido processo legal (material) e dos direitos dos envolvidos no processo”, na medida em que a nulidade acarretará “a repetição compulsória do ato então praticado com algum vício ou mesmo implicará a prática compulsória do ato que deveria ter sido feito, mas não o foi (no caso de omissão)” (PASCHOAL, 2014a).

Dentre os atos nulos, distinguem-se os casos de nulidade absoluta e nulidade relativa. Nas nulidades absolutas, “o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito; por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade”. Por outro lado, “nas hipóteses de nulidade relativa, o legislador deixa à parte prejudicada a faculdade de pedir ou não a invalidação do ato irregularmente praticado, subordinando também o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo sofrido”, visto que o defeito atinge interesse privado (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 24).

Sobre as nulidades absolutas não se opera a preclusão, o que permite que sejam arguidas a qualquer tempo, enquanto perdurar o processo (MIRABETE, 2006, p. 625-626). Além disso, depois de formada a coisa julgada, “em caso de prolação de sentença condenatória, as nulidades absolutas poderão ser reconhecidas em caso de manejo de revisão criminal ou habeas corpus”. Já “as nulidades relativas, devem ser arguidas no primeiro momento em que a parte tiver

oportunidade de falar nos autos”, pois do contrário, opera-se a preclusão sobre o ato viciado, que será considerado sanado (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1222-1223).

Resumidamente, as nulidades absolutas podem ser definidas como aquelas que afetam fundamentos constitucionais ou de interesse público, por isso, levam a anulação do ato, que pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, em qualquer grau de jurisdição. Não dependem de alegação das partes, mas, uma vez arguida nulidade absoluta, a parte não precisa fazer prova do prejuízo sofrido, visto que este é presumido. São insanáveis e não se convalidam com a preclusão ou trânsito em julgado (LOPES JR., 2014, p. 1166-1167).

Em contrapartida, as nulidades relativas podem ser definidas como aquelas que têm relação com interesse da parte em determinado processo, devendo por essa ser arguidas tempestivamente, juntamente com a prova do prejuízo suportado, sob pena do vício se convalidar com a preclusão, pois tal nulidade jamais pode ser reconhecida de ofício pelo juiz (LOPES JR., 2014, p. 1167).

Cumprе mencionar que, “o Código de Processo Penal não realiza esta distinção absolutas/relativas, apenas assinala hipóteses de preclusão e de convalidação” (LOUREIRO, 2006, p. 26). E, o artigo 564, ao tentar estabelecer um rol de nulidades cominadas, “como muito, serve de indicativo, a apontar atos que merecem uma atenção maior em relação ao risco de defeitos”. Assim, acredita-se que, ao contrário do que fazem determinados juristas, não se pode definir, a partir da estrutura do Código de Processo Penal quais os casos de nulidade absoluta e relativa, até porque no que tange a essa matéria a jurisprudência altera-se constantemente (LOPES JR., 2014, p. 1168).

Para mais, a decisão judicial que reconhece a invalidade de um ato processual, precisa verificar não apenas a desconformidade do ato com o modelo traçado pelo legislador, mas também analisar, caso a caso os pressupostos constantes nos princípios adotados pelo Código de Processo Penal no que tange essa matéria (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p.30). Por isso, ao se tratar da teoria das nulidades, não se pode deixar de mencionar, ainda que sucintamente, os princípios que norteiam o instituto, destacando-se o do prejuízo ou da instrumentalidade, o da causalidade, o do interesse e o da convalidação.

De acordo com o artigo 563 do Código de Processo Penal²⁹, não basta que o ato processual tenha sido praticado irregularmente, é preciso que dele decorra algum prejuízo para

²⁹Artigo 563 do Código de Processo Penal: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”;

uma das partes. Como visto, nas nulidades absolutas o prejuízo seria presumido, enquanto que em se tratando de nulidade relativa, a parte que a arguiu tem que demonstrá-lo. Mas, acerca dessa necessidade de comprovação do prejuízo suportado pela parte para que haja o reconhecimento da nulidade arguida, tratar-se-á com ênfase mais adiante, especialmente em razão da inadequada interpretação que os juízes e Tribunais tem dispensado a esta norma/princípio.

Já os artigos 566³⁰ e 572, inciso II³¹, ambos do Código de Processo Penal, estabelecem o princípio da instrumentalidade ou finalidade, segundo o qual, o ato processual, mesmo que praticado em inobservância à forma legal, desde que tenha atingido sua finalidade e não tenha influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, não será considerado nulo. Para muitos doutrinadores, o princípio da demonstração de prejuízo e da instrumentalidade das formas se tratam da mesma coisa e podem ser representados pela expressão francesa “*pas de nulité sans grief*”, que em tradução literal para o português significa: não há nulidade sem prejuízo.

Por seu turno, o princípio do interesse traduz a ideia de que “não é dado a alguém se beneficiar da própria torpeza”, ao vedar que “a parte que tenha dado causa ao defeito ensejador da nulidade, alegue-o posteriormente” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1262). Ademais, “se a irregularidade resulta da preterição de formalidade instituída para garantia de uma determinada parte, somente esta poderá invocar a nulidade, não sendo possível a outra fazê-lo por simples capricho” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 37). Tal princípio encontra-se positivado no artigo 565 do Código de Processo Penal³².

Por outro lado, o princípio da convalidação “diz respeito à evitação de declaração da nulidade, quando sanada a causa de invalidade” (GLOECKNER, 2015, p. 336). Tal princípio, consoante estabelece o artigo 572 do Código de Processo Penal, possibilita que o ato viciado seja sanado em razão de ter “atingido sua finalidade (princípio da finalidade), de não ter sido arguido o vício oportunamente (...) ou de ter a parte interessada anuído com seus efeitos (...)” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1262). Assim, verificando-se uma dessas causas previstas no aludido dispositivo legal, “em lugar da invalidação, pode ocorrer a convalidação do ato

³⁰Artigo 566 do Código de Processo Penal: “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”;

³¹Artigo 572 do Código de Processo Penal: “as nulidades previstas no art. 564, III, *d e e*, segunda parte, *g e h*, e IV, considerar-se-ão sanadas: [...] II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim”;

³²Artigo 565 do Código de Processo Penal: “nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”;

praticado em desconformidade com o modelo legal” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 38).

Por fim, de acordo com o princípio da causalidade, “o ato nulificado poderá, quando presente uma relação causal, estender-se aos demais atos jurídicos conexos”. (GLOECKNER, 2015, p. 324). Isso quer dizer que “a declaração de nulidade de um ato causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1262).

Portanto, o juiz quando reconhecer a invalidade de um determinado ato processual deve “verificar se a tipicidade não se propagou a outros atos do procedimento, relacionados ao primeiro, hipótese em que os últimos também deverão ser considerados nulos” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 35). Mas, importa referir que, o princípio da causalidade não é automático, pois, conforme estabelecem os parágrafos 1º e 2º do artigo 573 do Código de Processo Penal³³, “o juiz deve declarar precisamente a extensão dos efeitos de seu decreto de nulidade”. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1224).

A vista disso, conclui-se a análise da dogmática que envolve as nulidades processuais penais. Como visto, a teoria das nulidades é bem fragmentaria e divergente, se constituindo árdua a tarefa de criar uma explanação minimamente sistemática e organizada que possibilite a sua compreensão. No próximo ponto, observar-se-á que essa incoerência verificada no plano geral das nulidades também se reflete na jurisprudência brasileira, que tem propagado inadequadas relativizações feitas por Tribunais e juízes e que, por consequência, acabam por fulminar a nulidade que seria decorrente da inobservância a regra prevista para a colheita da prova testemunhal em júízo.

4.2 O entendimento doutrinário e jurisprudencial em relação a nulidade decorrente do desrespeito a ordem de inquirição das testemunhas em júízo

O presente tópico destina-se a tratar da forma como os tribunais decidem a (in)aplicação da regra contida no artigo 212 do Código de Processo Penal, bem como apresentar as principais

³³Artigo 573 do Código de Processo Penal: “os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados. § 1º - a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência. § 2º -o juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende”;

posições doutrinárias sobre a questão. Dar-se-á prioridade aos julgados recentes dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de demonstrar o atual posicionamento das referidas Cortes e os argumentos utilizados no que diz respeito ao enfrentamento da matéria, contudo, para efeito de comparação e verificação de eventuais alterações de entendimento também serão apontados alguns julgados mais antigos.

A importância dessa análise se dá, haja vista que, “inquestionavelmente, a jurisprudência, embora não seja alçada à condição de fonte do direito, na prática acaba sendo”. Isso porque, “a lei é, certamente, muito importante, mas ainda mais relevante é saber como a jurisprudência interpreta e enuncia a lei posta, ocasião em que o enunciado normativo se revela como norma” (PASCHOAL, 2014b, p. 428).

Assim, “assentado que o art. 212 do Código de Processo Penal efetivamente estabelece que as partes deverão perguntar primeiro, e o juiz deverá perguntar ao final, cumpre analisar qual será a consequência dessa atipicidade processual” (ÁVILA, 2012). Todavia, ressalta-se que, assim como há discussão acerca da interpretação do artigo 212 do Código de Processo Penal, que disciplina a ordem de inquirição das testemunhas, da mesma forma, há divergência quanto as consequências da violação do referido dispositivo.

No que tange a análise doutrinária do tema, verifica-se que coexistem três interpretações sobre a problemática abordada. Conforme explica Daniel Amorim Machado, “alguns alegam que nada mudou em relação à interpretação do texto anterior à reforma” e, portanto, da inobservância à regra contida no artigo 212 não resulta nenhum tipo de nulidade; “já outros afirmam que o desrespeito a tal artigo gera nulidade relativa do processo; e por fim, há aqueles que defendam a nulidade absoluta do processo” (2010, p. 02).

A primeira corrente de interpretação, como mencionado, defende que não há nulidade alguma decorrente do fato de o juiz formular perguntas às testemunhas, antes das partes, em desrespeito a disciplina do artigo 212 do Código de Processo Penal. Ainda que minoritariamente aderida, possui especial relevância, visto que defendida por estudiosos como Guilherme de Souza Nucci, Luiz Flavio Gomes³⁴ e Damásio de Jesus.

³⁴Luiz Flávio Gomes, na obra *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*, escrita no ano de 2008, juntamente com Rogério Sanches Pinto e Ronaldo Batista, defendeu posição de que não teria ocorrido alteração na ordem das perguntas. Entretanto, em artigo individual feito no ano de 2010, denominado de *Princípio da tipicidade das formas: inquirição de testemunhas, ordem, inversão, nulidade*, alterou seu entendimento e passou a argumentar que houve efetivamente uma mudança que enseja nulidade se comprovado o prejuízo.

Importante mencionar a posição de Eugênio Pacelli de Oliveira, para quem, igualmente, não há que se falar em nulidade em face do juiz realizar as perguntas às testemunhas antes das partes, uma vez que, “não se pode pensar na anulação do processo unicamente como pedagogia procedimental”, mas se houvesse que se cogitar em nulidade, tratar-se-ia de nulidade relativa, devendo a parte demonstrar o prejuízo (2014, p. 422-423).

Nessa linha, a segunda corrente de interpretação considera que a nulidade decorrente da inversão da ordem de perguntas estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal é relativa, cabendo a parte prejudicada, comprovar o prejuízo suportado e arguir no momento oportuno. Tal linha de entendimento, sem dúvida, é a utilizada, majoritariamente, na atualidade, pelos tribunais brasileiros, como fundamento para as decisões acerca do assunto, conforme se demonstrará em seguida.

Por fim, para alguns doutrinadores a ofensa ao artigo 212 do Código de Processo Penal trata-se de um vício que acarreta nulidade absoluta e sempre se verifica quando o juiz inicia a inquirição testemunhal, pois essa atitude contraria o sistema acusatório, afronta o devido processo legal, derruba a imparcialidade do julgador, bem como constitui a prova como ilícita.

Pode-se citar, dentre outros, como propagadores da ocorrência de nulidade absoluta: “Aury Lopes Junior, Lênio Streck, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Flaviane de Magalhães Barros, Paulo Rangel, Salo de Carvalho, Fauzi Hassan Choukr, Gustavo Henrique Badaró, Alexandre Moraes da Rosa” (MACHADO, 2010, p. 10). Vale dizer que, logo no início da vigência da Lei n. 11.690/2008, essa foi a interpretação aplicada por alguns Tribunais, mas atualmente, não encontra espaço na jurisprudência.

Digno de anotação o posicionamento de Thiago André Pierobom de Ávila, que acredita que há nulidade absoluta dos depoimentos colhidos em inobservância a regra contida no artigo 212, do Código de Processo Penal, porém, defende que para o reconhecimento da nulidade, a impugnação à forma de inquirição deve se dar antes do início da colheita do depoimento, haja vista que, “se a parte concorda com a realização da inquirição inicial pelo magistrado, não poderia ela mesma posteriormente arguir a nulidade, pois não é lícito beneficiar-se da própria torpeza” (2012, p. 32).

Seguindo-se as linhas expostas do decorrer de todo esse trabalho e com fulcro nos ensinamentos do jurista Jorge Coutinho Paschoal, acredita-se que

a nova redação do artigo 212, do Código de Processo Penal, privilegia o sistema acusatório, ao retirar o protagonismo judicial então existente na sistemática anterior. Não se tratou de um mero detalhe, mas de um mecanismo que visa resguardar a imparcialidade do magistrado, ao reservar a atividade probatória às partes, tendo o juiz, apenas a possibilidade de fazer perguntas subsidiárias. Embora pareça algo sutil, a reforma foi importante, e os juízes devem ter consciência disso, pois, ao reservar a atividade probatória às partes, isso fortalece o senso de responsabilidade dos envolvidos no processo. Os promotores irão mais preparados para as audiências, pois não terão um juiz ativo que lhes faça, desde logo, todo o trabalho e papel. Igualmente por parte da defesa, a nova sistemática fortalecerá a necessidade de os advogados se prepararem para o ato, pois da mesma forma, não poderão aguardar que o juiz faça seu ofício, quedando-se inertes (2014b, p. 493).

Assim, considerar que a violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal é causa de nulidade relativa “não contempla toda evolução constitucional que se quis dar ao dispositivo”, por isso, pois, se defende a existência de nulidade absoluta em decorrência do desrespeito a ordem legal estabelecida para formulação de perguntas à testemunha (MACHADO, 2010). Ocorre que, “apesar de toda essa importância, a reforma não obteve respaldo da jurisprudência, que continua entendendo que a mera inversão das perguntas constituiria um mero detalhe” (PASCHOAL, 2014b, p. 493).

Na verdade, logo que aconteceu a reforma do Código de Processo Penal, em 2008, que alterou a redação do artigo 212, o Superior Tribunal de Justiça entendia que haveria nulidade absoluta decorrente da inobservância à ordem de perguntas formuladas para a testemunha durante sua oitiva em audiência, eis que considerava violado o princípio constitucional do devido processo legal. Desse modo, “invariavelmente, caso ocorresse inversão da ordem legal, a nulidade era reconhecida quase que instantaneamente à sua indagação” e a audiência de instrução e julgamento era anulada juntamente com todos os demais atos subsequentes, determinando-se que outra fosse realizada nos moldes do artigo 212 (PASCHOAL, 2014b, p. 487).

Nessa linha foi a decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus n. 121.216³⁵,

³⁵Ementa: “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

publicada em 19 de maio de 2009, cujo relator foi o Ministro Jorge Mussi, em que o acórdão menciona o seguinte: “certo é que, diante do novo método utilizado para a inquirição de testemunhas, a colheita da referida prova de forma diversa, ou seja, pelo sistema presidencial, indubitavelmente acarretou-lhe evidente prejuízo”. Tal precedente foi utilizado, posteriormente, para fundamentar a decisão proferida no Habeas Corpus n. 137.091³⁶, publicado em 01 de setembro de 2009, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, sendo considerado de “absoluta propriedade” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça).

Entretanto, apesar da reconhecida “propriedade” da decisão, sobreveio um período em que - enquanto a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça continuou reconhecendo que houve alteração na ordem de realização das perguntas, entendendo, pois, que a desobediência a essa nova ordem gerava nulidade absoluta - a 6ª Turma do referido tribunal não reconhecia a nulidade da inversão da ordem, indicando subliminarmente que talvez o artigo 212 do Código de Processo Penal não tivesse, efetivamente, alterado a ordem de perguntas (ÁVILA, 2012, p.05).

Adotando essa lógica e ainda mencionando que a nulidade decorrente do desrespeito a regra legal seria relativa, pois se trata de “simples inversão”, tem-se a decisão proferida no Habeas Corpus n. 121.215³⁷, julgado em 01 dezembro de 2009, na qual o Ministro Og

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 habeas corpus, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade. 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” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009);

³⁶Ementa: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS. NÃO-OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/08. NULIDADE. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR CONFIRMADA. 1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP pela Lei 11.690/08 determina que as vítimas, as testemunhas e o acusado sejam ouvidos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição se entender necessários esclarecimentos. 2. Se o Tribunal de origem admite que houve a inversão na inquirição, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, patente o constrangimento, sanável pela via do habeas corpus, por ofensa ao devido processo legal. 3. Ordem concedida para, confirmando a liminar, anular a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, bem como os atos subsequentes, determinando que outra seja realizada, consoante as disposições do referido dispositivo” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009);

³⁷Ementa: “HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI Nº 11.690/08. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. NULIDADE.

Fernandes, em seu voto, ao discordar da relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, ressaltou que:

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 luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade de natureza relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida a possibilidade de o juiz efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, no caso, o interesse protegido é exclusivo das partes (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça).

Por fim, nos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça, pacificou a linha decisória aplicada pelas duas Turmas que julgam as matérias de ordem criminal, de modo que “tem prevalecido o entendimento de que a nulidade decorrente da inobservância da ordem das perguntas é relativa, devendo ser alegada no momento oportuno, havendo necessidade de se comprovar o prejuízo” (PASCHOAL, 2014b, p. 487).

Os argumentos jurídicos apresentados para fundamentar as decisões proferidas nesse sentido, consoante demonstra o acórdão oriundo da decisão proferida no Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1294728³⁸, julgado pela 5ª Turma, com relatoria do Ministro Jorge

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 de 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 e 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 luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade de natureza 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" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2009);

³⁸Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO. DESCABIMENTO. [...] PROCESSUAL. OITIVA DE TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM. INQUIRÇÃO INICIADA PELO MAGISTRADO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. MATÉRIA APRECIADA NO PRIMEIRO REGIMENTAL APRESENTADO. AGRAVO NÃO CONHECIDO. [...] 2. A questão referente à alegada violação do artigo 212 do Código de Processo Penal foi apreciada quando do julgamento primeiro agravo regimental interposto, consignando que eventual inobservância à ordem estabelecida para inquirição das testemunhas caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, inócurrenente na espécie. 3. Agravo regimental não conhecido” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2015);

Mussi e publicada em 17 de novembro de 2015, são os de que: “inexiste norma expressa que proíba seja o início da inquirição das testemunhas procedida pelo Magistrado”; “na busca da verdade real, cabe ao Julgador formular os questionamentos que entender cabíveis à elucidação dos fatos, visando, assim, formar sua convicção” e também “porque se permitida a inquirição pelo Magistrado ao final, o resultado concreto será absolutamente o mesmo, inexistindo, portanto, prejuízo em função da ordem de formulação das perguntas” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça).

Por sua vez, “o Supremo Tribunal Federal é firme no entendimento de que a eventual nulidade em apreço é relativa, devendo ser demonstrado o prejuízo pela parte” (PASCHOAL, 2014b, p. 492). Vale ressaltar que, conforme demonstra a decisão proferida no Habeas Corpus n. 114789³⁹, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgado em 19 de agosto de 2014, a Corte Excelsa exige a demonstração de “efetivo” prejuízo para o reconhecimento da nulidade e consequente invalidação do ato (BRASIL, Supremo Tribunal Federal).

Para mais, há alguns anos o Supremo Tribunal Federal tem expressado que a exigência de demonstração do prejuízo suportado pela parte que arguiu uma nulidade é sempre necessária, seja a nulidade relativa ou absoluta, porque entende que, “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas”, como se infere do julgamento do Habeas Corpus n. 117.102⁴⁰, ocorrido em 25 de

³⁹Ementa: “Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Tráfico de entorpecentes e Corrupção Ativa. Alegada inversão na ordem de inquirição das testemunhas (art. 212 do CPP). Nulidade do processo. Inocorrência. Ausência de comprovação de prejuízo. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que “a inobservância da ordem de inquirição de testemunhas não constitui vício capaz de inquinar de nulidade o ato processual ou a ação penal, razão por que a demonstração do efetivo prejuízo se faz necessária para a invalidação do ato” (HC 114.787, Rel. Min. Luiz Fux). 2. Hipótese em que a nulidade foi arguida apenas em sede de apelação e não houve a devida demonstração de eventual prejuízo suportado pela acusada. Incidência da Súmula 523/STF (“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”). 3. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2014).

⁴⁰Ementa: “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância do procedimento de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III – O acórdão ora questionado está em perfeita consonância com decisões de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV – Ordem denegada” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013);

junho de 2013, tendo como Relator o Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, Supremo Tribunal Federal).

Compartilhando do mesmo entendimento, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região também se firmaram decisões no sentido de que a nulidade decorrente da inobservância à forma de inquirição estipulada no artigo 212 do Código de Processo Penal é meramente relativa, incumbindo à defesa fazer prova do efetivo prejuízo suportado, não sendo vedado ao juiz participar das inquirições. Assim, de acordo com jurisprudência do referido Tribunal “a mera inversão da ordem na inquirição das testemunhas não enseja, por si só, a nulidade do ato, que somente será declarada se demonstrado o efetivo prejuízo ao acusado” (BRASIL, Tribunal Regional Federal 4ª Região, 2015).

Do mesmo modo, por sua vez, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, atualmente, de forma pacífica, adota a linha decisória firmada nas cortes superiores, no sentido de que “a inversão da ordem dos questionamentos configura, no máximo, nulidade relativa, sendo imprescindível a imediata insurgência defensiva e demonstração do prejuízo à parte” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2015).

Entretanto, vale salientar que, o Tribunal de Justiça Gaúcho, assim como o Superior Tribunal de Justiça, ao longo dos últimos anos, já modificou sua linha de entendimento a respeito da matéria diversas vezes, como se pode perceber, sobretudo, nos julgados da 5ª Câmara Criminal. Aliás, importante anotar, devido à variedade de argumentos lançados, bem como pela frenética modificação de interpretação, os julgamentos proferidos pelo referido órgão infracionário no primeiro ano que se seguiu após a reforma processual de 2008, que alterou a ordem de inquirição das testemunhas.

Com efeito, em um primeiro momento, logo que a alteração legislativa passou a vigorar, como se observa no julgamento da Apelação-Crime nº 70028349843⁴¹, de relatoria do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, em 18 de março de 2009, o Tribunal entendeu “que a violação do novo art. 212 do CPP implicaria a anulação parcial do processo, invalidando a prova produzida diretamente pelo magistrado, para que fosse prolatada nova sentença”, a qual deveria considerar unicamente como prova oral judicial válida o interrogatório do acusado

⁴¹Ementa: “PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELA MAGISTRADA CONDUTORA. NULIDADE. 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: do juiz é exigido o julgamento justo e equidistante, de modo tal que não pode ele ter compromisso com quaisquer das vertentes da prova. Anularam, em parte, o processo. Unânime” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2009);

(STRECK; TRINDADE, 2010). O acórdão prolatado no referido caso menciona que “o juiz não pode nem deve concorrer com as partes na busca de provas: tal interesse é de todo incompatível com a judicatura, porquanto o juiz sempre haverá de manter equidistância entre as partes, para que não deixe aquebrantar a sua *imparcialidade* – exigência fundamental para um julgamento justo” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça).

Logo em seguida, os integrantes da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, adotando um segundo entendimento, “consideraram ilícita – e, portanto, inválida – a prova coletada pelo magistrado, porém entenderam possível passar imediatamente ao julgamento do processo, cujo resultado foi a absolvição do réu em face da insuficiência probatória”, conforme demonstra a decisão proferida em 17 de junho de 2009, na Apelação Crime n. 70030112387⁴², também de relatoria do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho (STRECK; TRINDADE, 2010). Merece destaque o seguinte trecho da aludida decisão que, invocando precedente do Superior Tribunal de Justiça leciona: “a nova legislação permite taxar de **prova ilícita** aquelas “*obtidas em violação a normas constitucionais e legais*” (CPP, art. 157), sendo exatamente este o caso, já que a inquirição levada a efeito pelo magistrado – diz, com acerto, o precedente do STJ – viola a literalidade do art. 212 do CPP e o *devido processo legal* (garantia constitucional)” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça).

Todavia, em terceiro momento, menos de um mês depois da decisão que considerava a prova testemunhal ilícita quando coletada pelo magistrado, houve uma considerável mudança de orientação, em que “acolhendo a virada proposta pelo Desembargador Luís Gonzaga da Silva Moura” na Apelação-Crime n. 70029599941⁴³, de 08 de julho de 2009, “os integrantes desta Câmara passaram a entender que a inobservância do art. 212 do CPP configura nulidade relativa do processo” (STRECK; TRINDADE, 2010). Conforme se depreende da Apelação Criminal n.

⁴²Ementa: “PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELO MAGISTRADO CONDUTOR DA AUDIÊNCIA. NULIDADE. ROUBO TENTADO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. 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: do juiz é exigido o julgamento justo e equidistante, de modo tal que não pode ele ter compromisso com quaisquer das vertentes da prova. 2. A inobservância da ritualística legal, somada a desistência tácita da coleta da prova, permite enquadrar o vício como ilicitude da própria prova, nos termos do art. 157 do CPP, daí autorizado o pronto julgamento do feito, mediante a desconsideração das provas ilícitas. 3. A condenação só pode emergir da convicção plena do julgador, sua base ética indeclinável. A prova controversa, insegura e que não afasta todas as dúvidas possíveis enseja um desate favorável ao acusado, em homenagem ao consagrado princípio in dubio pro reo. Prejudicado o apelo ministerial, deram provimento ao defensivo. Unânime” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2009);

⁴³Ementa: “PROCESSO PENAL. Ministério Público ausente na instrução criminal. Inobservância pelo Magistrado do artigo 212, caput, do Código de Processo Penal. Nulidade parcial da prova oral colhida. 2. ROUBO MAJORADO [...]” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2009);

70030638670⁴⁴, o Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho justificou sua mudança de entendimento arguindo que

“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 arguir nulidade a qual haja dado causa (CPP, art. 625)” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça).

Por fim, em um quarto momento, cerca de um ano depois da alteração do artigo 212, os integrantes da 5ª Câmara acompanharam o voto do Relator Desembargador Aramis Nassif, que reprimiu a tese da prova ilícita ao julgar a Apelação-Crime nº 70031632284⁴⁵”, em 07 de outubro de 2009. (STRECK; TRINDADE, 2010).

Nota-se, assim, após essa síntese jurisprudencial do tema, que por muito tempo houve “um tratamento desigual da matéria, na medida em que, não raro, casos iguais eram julgados de modo diferente, pois ora a nulidade era reconhecida, ora não, havendo tratamento quase que

⁴⁴Ementa: “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 arguir nulidade a qual haja dado causa (CPP, art. 625)[...]” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2009);

⁴⁵Ementa: “APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. PRELIMINARES AUTO DE RECONHECIMENTO. Reconhecimento em audiência. Informalidade admissível. Preliminar rejeitada. II. NULIDADE DO PROCESSO. Inocorrência. Prova ilegítima sem repercussão na condenação MÉRITO Existência e autoria do delito: Prisão em flagrante. Palavra das vítimas. Condenação confirmada. Desclassificação: Lesão grave configurada. Qualificadora mantida. Apenamento. Readequação. Regime carcerário alterado. Pena pecuniária. Isenção. A multa não pode deixar de ser aplicada pelo juiz, sob pena de violação ao princípio da inderrogabilidade da pena, visto que é um imperativo legal APELO PARCIALMENTE PROVIDO” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2009);

casuístico, sendo este um dos grandes males do assunto”, pois gera insegurança e preocupação aos operadores do direito (PASCHOAL, 2014a).

Não é exagero dizer que esse tratamento casuístico ainda existe, na medida em que, apesar de ter havido uma certa uniformização da jurisprudência, analisando-se as decisões não se tem clareza em relação ao critério do prejuízo, isto é, em quais casos ele é presumido e em quais precisa ser comprovado, bem como de que maneira se dá essa comprovação.

Ademais, cumpre referir que a maioria dos julgados dos Tribunais “fazem menção a outros julgados para justificar determinado tratamento jurídico referente às nulidades, sem explicar porque a nulidade seria tratada de tal modo, e não de outro”. E, o que é pior, ao se buscar “os tais julgados citados nos referidos acórdãos, ao lê-los, também estes fazem remissão a outros precedentes, o que leva o intérprete a ter que fazer uma via-crúsis, para encontrar o fundamento esposado” (PASCHOAL, 2014b, p. 535).

De qualquer forma, o que se vislumbra é que prevalece nos Tribunais o entendimento de que a nulidade, nos casos em que há violação a forma estabelecida para o ato processual de colheita da prova testemunhal em juízo, é relativa, pois a ordem de inquirição se trata de “mero detalhe”. Nesse ponto, a propósito, reside um grande contrassenso argumentativo, haja vista que, se fosse um mero detalhe, o vício não deveria ser encarado como nulidade relativa e sim como mera irregularidade. Mas, como se sabe não se pode atribuir-lhe essa classificação, uma vez que se trata de ato processual cujo defeito compromete as garantias constitucionais e processuais tuteladas.

Além disso, nota-se que, mesmo quando arguida oportunamente, a nulidade praticamente nunca é reconhecida, sob o argumento de que o ato atingiu sua finalidade ou de que não foi demonstrado o “efetivo prejuízo” suportado pelo desrespeito a forma. O que é pior ainda, justifica-se, em alguns casos, o não reconhecimento da nulidade, com base na ideia de que a atitude violadora do juiz é legítima, pois ele age na busca pela verdade real, o que, consoante já mencionado no primeiro capítulo, é algo nem sempre atingível.

Assim, depreende-se que tais argumentos são verdadeiras falácias utilizadas como fundamento para se evitar a invalidação do ato viciado em prol de uma espécie de economia processual que visa atenuar o problema da morosidade que vem assombrando o judiciário brasileiro. Efetivamente, apesar de não ser um fundamento declarado expressamente, é sabido que a tendência atual de se procurar evitar a decretação de nulidade processual, pauta-se “sob o argumento de que a nulificação não condiz com os objetivos de celeridade e de precaução

contra dilações processuais indevidas. Daí que são relativizadas inclusive as nulidades denominadas absolutas” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1207). No entanto, é importante referir que, “a busca pela celeridade processual não deve implicar em subjetividade/discricionariedade exacerbada do juiz, com o esquecimento de formalidades que foram instituídas para evitar arbitrariedades” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1259).

À vista disso, tendo-se conhecimento de como a doutrina brasileira encara a nulidade objeto desse estudo e de como o Judiciário tem enfrentado, na prática, a problemática, no próximo ponto deste trabalho será analisado, com ênfase no prejuízo, os motivos pelos quais a jurisprudência que tem se consolidado é inapropriada, bem como apresentar-se-á qual seria o tratamento adequado ou ideal a ser dado à questão.

4.3 A impropriedade da relativização e do prejuízo como argumentos utilizados para fundamentar as decisões que tratam de nulidade

Neste momento, depois de ter sido feita, nos tópicos anteriores, uma análise das bases legais e dogmáticas sobre a teoria geral das nulidades no processo penal brasileiro e um estudo jurisprudencial específico sobre a nulidade decorrente da inversão na ordem de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo artigo 212 do Código de Processo Penal, cumpre agora expor a perspectiva que se entende seja a mais adequada para o tratamento da matéria. Para tanto, contestar-se-á, de início, a própria divisão entre nulidades absoluta e relativa, com viés refutativo no que tange a chamada nulidade relativa. Por fim, será traçada uma explanação com matizes críticas aos argumentos utilizados pelos Tribunais em suas decisões, sobretudo, em relação à exigência de demonstração de prejuízo pela parte para reconhecimento de nulidade, haja vista a imprecisão conceitual deste requisito.

A doutrina clássica, conforme visto anteriormente, costuma fazer uma divisão das nulidades, que são ensejadas pelos vícios processuais, em nulidades absolutas e relativas. No primeiro caso, tem-se vício insanável, do qual há uma presunção de prejuízo, “sendo que seria prescindível demonstrá-lo, podendo o magistrado reconhecer a nulidade de ofício, a qualquer momento”. De outro modo, em se tratando de vícios sanáveis, que, por sua vez, ensejam as nulidades conhecidas como sendo de ordem relativa, “o prejuízo deveria ser comprovado pela parte que o alega, em tempo oportuno, sob pena de preclusão”, não competindo ao juiz

reconhecer a nulidade de ofício, “mas, tão somente, por meio de provocação da parte interessada” (PASCHOAL, 2014a).

Ademais, de acordo com a distinção tradicional, o interesse público é que serve de mola propulsora para o reconhecimento de uma nulidade absoluta, que, por sua vez, portanto, “diz respeito a interesses de toda a coletividade enquanto que a nulidade relativa conservaria uma menor rigidez do ato processual à custa de servir a tutela de interesses das partes processuais” (GLOECKNER, 2015, p. 551).

Evidencia-se, contudo, que “a doutrina tradicional, ao proceder a essa clássica divisão, peca em alguns pontos”. Isso porque, “sobretudo com a Constituição vigente, dada a sua amplitude e a previsão abrangente de direitos e garantias, é praticamente impossível vislumbrar algum vício processual que não tenha relação, direta ou indireta, com algum valor fundamental” (PASCHOAL, 2014a). Ou seja, “no processo penal não existe interesse exclusivamente privado”, por isso essa divisão conceitual é contraproducente, na medida em que “pode levar à relativização de direitos que não deveriam admitir qualquer forma de negociação” (GLOECKNER, 2015, p. 551-552).

O que se quer dizer é que, é um equívoco afirmar que existem formas que tutelem interesse “da parte” ou “privado”, uma vez que, tratando-se de processo penal, “todos os atos são definidos a partir de interesses públicos, pois estamos diante de formas que tutelam direitos fundamentais assegurados na Constituição e nos Tratados firmados pelo País”. Por isso, “não há espaço para essa frágil dicotomização público/privado” (LOPES JR., 2014, p. 1174).

Destarte, “a dicotomia nulidades absolutas x relativas pode trazer contribuições até certo ponto valiosas quando os interesses vindicados no processo são de caráter disponível”. No processo civil, por exemplo, em casos que tratam de direito patrimonial, é possível renunciar-se ao objeto da lide, por isso é apropriado que os atos processuais sejam revestidos de menor solenidade. Diferentemente do processo penal, “no qual inexistente lide e muito menos é possível admitir-se a flexibilização e renúncia a direitos fundamentais” (GLOECKNER, 2015, p. 548-549).

Por outro lado, a bipartição doutrinária das nulidades em absolutas e relativas, poderia ter alguma utilidade no processo penal para fins de saber qual o momento oportuno para sua arguição e quais efeitos decorrem do seu reconhecimento (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1221 – 1222). Sob essa perspectiva, há quem defenda que o ideal seria haver uma distinção entre nulidade absoluta e relativa estabelecida na lei, mormente para que se possa saber quando

se está diante de uma nulidade contra a qual opera a preclusão, assim como para que não ocorram julgados diferentes decidindo a mesma problemática (PASCHOAL, 2014). Entretanto, de acordo com Antônio Tovo Loureiro, “esta situação não é compatível com a figura do juiz garantidor, o qual zelará pelas garantias constitucionais do imputado, prescindindo, para tanto, de previsão em legislação infraconstitucional” (2006, p. 13).

Nessa mesma linha, vale o apontamento crítico também “em relação ao argumento de que as chamadas nulidades ‘relativas’ não podem ser conhecidas de ofício, pelo juiz”. Ora, se o juiz, “no processo penal atua como o garantidor da eficácia do sistema de garantias constitucionais, de modo que não só pode, como deve zelar pela forma/garantia”, portanto, a qualquer momento e a despeito de provocação, o magistrado “pode verificar que determinado ato defeituoso lesa ou coloca em risco direito fundamental e determinar a repetição para sanar” (LOPES JR., 2014, p. 1174). Em suma, é inapropriado subordinar a eficácia de direitos fundamentais à oponibilidade temporal de uma arguição de nulidade (GLOECKNER, 2015, p. 562).

Para mais, importa ressaltar que, se for lavada em conta a ideia de que “a nulidade recairá sobre o ato processual atípico, isto é, será a sanção aplicada pelo juiz quando o ato processual foi praticado em desconformidade com as leis processuais penais e/ou com a Constituição Federal”, não há relevância processual alguma em estabelecer uma distinção entre nulidade relativa e nulidade absoluta, “eis que existirá sempre a necessidade de manifestação judicial sobre a atipicidade de ato processual e os seus efeitos decorrentes” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 1207-1208).

Por fim, a utilidade do critério doutrinário de distinção entre nulidades de ordem absolutas e/ou relativas cai por terra quando “um caso de nulidade que, abstratamente seja absoluta, pode, no plano concreto, ser caracterizada, judicialmente, como relativa”, ante a abertura para flexibilização que o conceito de nulidade relativa detém (TÁVORA; ALENCAR, p. 1221 – 1222). Exatamente, pois, no aspecto de “vagueza” da chamada nulidade relativa é que reside a principal causa de vulnerabilidade da distinção entre nulidades absoluta e relativa. Isso porque, “o poder judicial pode incluir nesta esfera aquilo que lhe convier, eximindo-se da reparação do vício porque não foi devidamente demonstrado” (LOUREIRO, 2006, p. 26).

Em síntese, da forma como apresentada pela dogmática tradicional, “há uma enorme discricionariedade para a definição do limite absoluta/relativa”, de modo que os julgadores acabam incluindo na segunda categoria “os casos nos quais não querem dar a resposta

nulificadora - pois sabem que é praticamente impossível comprovar dito prejuízo” (LOUREIRO, 2006, p. 26). Ou seja, “não é necessário maior esforço para compreender que uma nulidade somente será absoluta se o julgador (juiz ou tribunal) quiser... e esse tipo de incerteza é absolutamente incompatível com o processo penal contemporâneo” (LOPES JR., 2014, p. 1171).

Assim, percebe-se que as nulidades relativas não se adequam ao processo penal por uma razão óbvia: nele não se “permite o condicionamento da validade dos atos processuais a sanatórias capazes de tornar o ato defeituoso válido”, como se a economia processual fosse um princípio acima dos demais (GLOECKNER, 2015, p. 548). Dito de outro modo, pensa-se que “a distinção entre nulidade absoluta/relativa é equivocada e que o sistema de invalidades processuais deve partir sempre da matriz constitucional, estruturando-se a partir do conceito de *ato processual defeituoso*, que poderá ser *sanável* ou *insanável*”, na medida em que puder ser repetido ou não (LOPES JR., 2014, p. 1174).

Entretanto, apesar da manifesta incompatibilidade da nulidade relativa com o processo penal, o que se observa, quando os olhos se voltam para os julgados brasileiros, conforme demonstrado anteriormente, é que há uma predominância no seu reconhecimento. Não obstante, constata-se, ainda, o que é pior, “a demonstração de prejuízo, como equivocadamente tem sido lastreada pelas decisões dos tribunais pátrios, vem sendo paulatina e progressivamente transportada para a seara da nulidade absoluta”. (GLOECKNER, 2015, p. 578-579).

Com efeito, a necessidade de comprovação do prejuízo sofreu uma flexibilização por parte dos operadores do direito. Assim, “a concepção inicial, de que o prejuízo era presumido na nulidade absoluta, “foi alterada pela jurisprudência e pela doutrina que passou a exigir que houvesse comprovação de prejuízo mesmo em sede de nulidade absoluta”. Dessa forma, nenhuma arguição de nulidade tem o condão de invalidar o processo se não restar demonstrado qualquer prejuízo às partes. Significa dizer que “a nulidade, nesse sentido, em apertada síntese, decorre de um prejuízo”. De modo que, atualmente, “o prejuízo constitui um dado central, ‘a espinha dorsal ou viga mestra’ para o reconhecimento da nulidade” (PASCHOAL, 2014a).

No que lhe concerne, “a utilização do parâmetro prejuízo é efetivamente útil para que não se incorra no formalismo de decretar nulidade em virtude de qualquer irregularidade, o que flagrantemente acarreta prejuízo ao imputado”. (LOUREIRO, 2006, p. 25). Ocorre que, “no que tange ao prejuízo, não há consenso a seu respeito, qual o seu conteúdo, bem como se dá a sua ocorrência no processo, se precisa ser efetivo (concreto), ou meramente potencial”

(PASCHOAL, 2014a). E como se não bastasse a imprecisão relacionada com o que seja prejuízo, a questão se agrava “no momento em que se exige que a parte prejudicada (geralmente a defesa, por evidência) faça prova dele. Como se faz essa prova? Ou ainda, o que se entende por prejuízo? Somente a partir disso é que passamos para a dimensão mais problemática: como demonstrá-lo?” (LOPES JR. 2014, p. 1171).

Por sua vez, “o Código de Processo Penal nada fala ou discrimina sobre como deve ocorrer o prejuízo para pronunciamento das nulidades processuais”, de modo que, “a interpretação do conteúdo do prejuízo ficou, basicamente, a cargo do intérprete da norma”, que, em matéria de nulidade, vem “utilizando-se do argumento pautado na falta prejuízo como um subterfúgio (ou remédio) para evitar o seu pronunciamento”. (PASCHOAL, 2014a).

Sem dúvida, o prejuízo, “em sendo um conceito indeterminado (como tantos outros dos quais está prenhe a nossa legislação processual penal), vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador”. A partir dessa percepção, “não é difícil perceber, manuseando as compilações de julgados, que não raro expressam decisões teratológicas” (COUTINHO apud GLOECKNER, 2015, p. 578).

Sabe-se que a necessidade de demonstração do prejuízo pela parte que arguir o defeito de um ato processual surgiu para combater o formalismo. Por isso, pois, os defensores da ideia de que o prejuízo é, resumidamente, o que permite o reconhecimento da nulidade, acreditam que, “sem prejuízo, seria um excesso formalístico reconhecer-se uma nulidade”, afinal, “se a lesão da forma não for suficientemente amparada em um panorama que ateste a lesão de um princípio, garantia ou direito fundamental, não deverá ser declarada a nulidade do ato” (GLOECKNER, 2015, p. 572).

Todavia, quando se exige de maneira indiscriminada demonstração de prejuízo para que a nulidade de um ato processual possa ser declarada, “implicitamente se adota a posição de que todo e qualquer princípio processual, independentemente de seu status, pode ser violado. Basta que não se evidencie prejuízo a uma das partes. Ou, o que é mais frequente, que a parte não logre se desvencilhar de sua carga probatória para aí, então, consubstanciar-se a senatoria”. (GLOECKNER, 2015, p. 573).

Assim, levando-se em conta que: “no processo penal, forma é garantia”, pode-se facilmente concluir que “se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o

legislador criou uma formalidade por puro amor à forma, despida de maior sentido” (LOPES JR., 2014, p. 1172).

À luz disso, defende-se a ideia de que, “na verdade, a imperfeição do ato em si, com a ofensa ao devido processo legal, e a vulneração da ordem constitucional, sempre acarretará uma presunção de que houve um prejuízo”. Aliás, se não fosse dessa forma, “o ato não teria sido previsto para ser praticado de determinado modo” (PASCHOAL, 2014b, p. 533). E, “se a lei previu um determinado caminho, foi porque reputou ser justamente esse o melhor modo de realização, a fim de que ele cumpra todos os seus objetivos” PASCHOAL, 2014a).

Com efeito, “o cumprimento das formas não é um fim em si mesmo, mas sim uma atividade meio para garantia do respeito aos princípios imbricados no ato processual” (LOUREIRO, 2006, p. 21). Em razão disso, pois, defende-se o respeito à forma estabelecida para o ato processual, pelo que ela significa em termos de garantia/eficácia de direitos fundamentais. (LOPES JR., 2014, p.1179). Frisa-se que, “as normas relativas à produção da prova em juízo são normas de garantia”. O artigo 212 do Código de Processo Penal, especificamente, “visa assegurar maior imparcialidade e isenção ao magistrado, em consonância com o sistema acusatório previsto na Constituição” (ÁVILA, 2012).

Assim, “quando um ato é realizado em desconformidade com o modelo legal, ele gera risco de ineficácia do princípio constitucional que naquela forma se efetiva” e auferindo-se que houve lesão, “deve a nulidade ser decretada, retirando-se os efeitos do ato defeituoso e repetindo-o, com vistas à eficácia do princípio lesado” (LOPES JR., 2014, p. 1180). Ou seja, “a nulidade não visa proteger a forma pela forma, como se fosse um fim em si mesmo, mas sim o valor tutelado nela, “o qual, em realidade, dá ensejo à nulidade”. Por isso, não se deve combater o formalismo e sim, preservá-lo, quando bem inserido no processo, como é o caso da forma estabelecida em lei para inquirição das testemunhas em audiência (PASCHOAL, 2014a).

Destarte, especificamente tratando da nulidade decorrente do desrespeito a regra prevista para inquirição de testemunhas, “o dito prejuízo, requerido pelos defensores da tese da nulidade absoluta, está, em verdade, presente na mera violação ao dispositivo”. Isso porque, consoante demonstrado ao longo deste trabalho, “o art. 212 do CPP, deve ser entendido como norma que concretiza o sistema acusatório, sendo sua violação, para além de uma afronta ao próprio sistema processual, uma ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal” (MACHADO, 2010).

De fato, no caso da inversão da ordem de inquirição de testemunhas, percebe-se a ocorrência tanto da perda de uma faculdade conferida a parte bem como do comprometimento da prova colocada à disposição do juiz. Isso porque, a luz de um sistema acusatório, a atuação do juiz na colheita da prova o torna suspeito, o que, por si só, implica evidente prejuízo. Por isso, “não há o que se falar em nulidade relativa, convalidável mediante a ausência de prejuízo” (STRECK; TRINDADE, 2010).

Assim sendo, quando se desrespeita a norma legal que disciplina a forma como deve ocorrer a produção da prova testemunhal em juízo, “o prejuízo, a nosso ver, fica corporificado com a quebra do devido processo legal, bem como com o potencial comprometimento da isenção do magistrado, que ao iniciar as perguntas, quebra o desenho acusatório previsto para o ato”. (PASCHOAL, 2014b, p. 494). De modo que, “enquanto o predomínio da forma afasta as atividades instrutórias, a participação do juiz como uma verdadeira parte contribui para o tratamento da teoria das nulidades como uma solenidade vazia” (GLOECKNER, 2015, p. 157).

Ademais, acredita-se que, ao contrário do que os Tribunais vem assentando em seus julgados, “o prejuízo não precisa ser efetivo, podendo ser meramente potencial”, uma vez que, exigir que haja um prejuízo efetivo para que uma nulidade seja reconhecida “constitui um exagero, sendo um argumento, na verdade, usado para nunca se reconhecer a nulidade, pois não há como saber se, uma vez praticado o ato de outra forma, o resultado seria diferente (mais benéfico à parte)” (PASCHOAL, 2014a). Não há, “de fato, como demonstrar que o ato que jamais foi realizado seria mais benéfico do que aquele concretamente realizado”. Trata-se de algo “empiricamente não demonstrável” e, por isso, percebe-se facilmente que a exigência de demonstração de prejuízo equivale a se deixar as portas abertas à irregularidade processual” (GLOECKNER, 2015, p. 580).

A vista disso, se mostra “questionável, portanto, a ampla relativização que vem ocorrendo em relação às nulidades, ao se interpretar, com certa frequência na jurisprudência, que, não obstante a imperfeição do ato, inexistiria um prejuízo”. De acordo com tudo quanto explanado, “somente em hipóteses absolutamente excepcionais se poderá inferir a inexistência de prejuízo”, de maneira que, “sendo alegada uma imperfeição, que está sujeita ao regime das nulidades, a regra será o seu pronunciamento”. Por óbvio que, alguns critérios deverão ser levados em conta, bem como a ponderação de todos os sujeitos que atuam no caso será primordial “para evitar que se faça do processo um terreno fértil para o litígio indireto, em que só se discutam formalidades, com o perigo de, em fase bastante avançada, a parte alegar uma

atipicidade relevante, ocorrida há muito tempo, apenas e exclusivamente para anular todo o processo”. (PASCHOAL, 2014b, p. 534, juntei dois parágrafos).

Logo, no que se refere estritamente à demonstração do prejuízo, pensa-se que uma solução compatível com as garantias constitucionais seria não incumbir a parte que alega a nulidade de provar o prejuízo que o ato atípico lhe causou. Em suma, “o juiz, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse a sua finalidade ou tenha sido devidamente sanado”. Atribui-se ao juiz a tarefa de demonstrar que o ato foi convalidado, legitimando sua validade e permanência no processo (LOPES JR., 2014, p. 1172).

Como referido alhures, “devemos ter em mente que, nos casos de descumprimento de formas que impliquem violação a princípios de tutela do imputado, vige uma *presunção de prejuízo*. Caberá sim a demonstração de que o prejuízo não ocorreu para que o defeito não seja reparado” (LOUREIRO, 2006, p. 26). Nesse sentido, “a parte não precisa comprovar nada, não tendo o ônus de demonstrar o prejuízo. Assim, ocorre, pois do vício já se presume um prejuízo, ainda que potencial. Cabe ao juiz demonstrar que o prejuízo, efetivamente, inexistiu” (PASCHOAL, 2014b, p. 534).

Ressalta-se que “o acusado, além de possuir menos condições materiais de juntar elementos que convençam do dano efetivo a suas garantias, nem sempre conseguirá realizá-lo, porque talvez simplesmente não seja possível. (LOUREIRO, 2006, p. 25). De forma que, “endereçar esse ônus à parte, sobretudo ao acusado, é inverter a lógica das coisas, como se pouco importasse a existência de um vício para a regularidade do procedimento. A forma é posta em prol de uma função, sendo que uma vez vulnerada, presume-se a violação de um valor caro ao ordenamento” (PASCHOAL, 2014b, p. 534).

Portanto, acredita-se que, “somente a partir dessa inversão de sinais é que a teoria do prejuízo poderá ser utilizada, sob pena de grave violação do sistema de garantias constitucionais que fundam o devido processo penal”. De qualquer forma,

“o que não se pode mais admitir, frise-se, é que atos processuais sejam praticados com evidente violação de princípios constitucionais, sem a necessária repetição (com vistas ao restabelecimento do princípio violado) e, os tribunais chancelam tais ilegalidades fazendo uma manipulação discursiva em torno de uma categoria do processo civil, inadequadamente importada para o processo penal” (LOPES JR., 2014, p. 1173).

A verdade é que todas essas questões relacionadas a exigência de demonstração de prejuízo para reconhecimento de uma nulidade, além de ocasionar a relativização do instituto das nulidades processuais têm trazido muitas dúvidas na prática. Isso, por sua vez, gera uma enorme insegurança jurídica, pois pode levar a decisões casuísticas, na medida em que casos iguais recebem respostas diferenciadas pelo ordenamento, “o que enseja, de um lado, impunidade (ou tratamento privilegiado) e, de outro, persecuções penais arbitrárias, vulnerando o sistema de direitos e garantias no Estado de Direito Democrático” (PASCHOAL, 2014a).

Neste ponto, nota-se, pois, claramente que

há necessidade de elaboração de uma teoria própria das nulidades processuais penais não apenas para escapar à tradição inquisitorial do atual Código de Processo Penal. Mas também para a possibilidade de autonomização e estruturação das normas cujo fito primordial é o desenvolvimento científico do processo penal (GLOECKNER, 2015, p. 547-548).

Por outro lado, enquanto isso não acontece, deve ser abandonada, sobretudo, em se tratando de alegação relacionada a inobservância do artigo 212 do Código de Processo Penal, a ideia de que a arguição de descumprimento de uma forma processual se trata apenas de uma manobra protelatória, geralmente utilizada pela defesa. Afinal, se a própria lei estabelece que a ordem de inquirição tem que ser feita de determinada maneira - e tem seus justos motivos para determinar que deve ser assim e não de outro jeito -, o simples fato de não se respeitar isso, já pressupõe prejuízo para as partes, especialmente para o réu, visto que foi para assegurar as garantias dele que a regra foi estabelecida, de forma que, se constitui inapropriada, pois, qualquer relativização quanto a essa questão.

Frisa-se, por fim, que o processo penal pode restringir direitos fundamentais de extrema importância, por isso é necessário que se tenham precauções adicionais, para que se possa ter a garantia de que a decisão final está alicerçada em um processo justo e, acima de qualquer dúvida, legítimo.

5 CONCLUSÃO

Tendo em vista os aspectos estudados acerca do problema jurídico proposto, qual seja, averiguar a pertinência dos argumentos utilizados como fundamento das decisões que envolvem arguição de nulidade por vício na colheita da prova testemunhal em juízo, pode-se inferir alguns pontos sobre o assunto.

Primeiro, no que se refere a prova penal, pode-se depreender que prova são os elementos que formarão a convicção do juiz sobre o delito, sendo, portanto, a base da decisão judicial final. Isso porque, é através das provas, que são uma reconstrução do crime, que o juiz conhece o fato de que trata o processo. Nessa perspectiva o direito das partes de produzirem prova consiste na oportunidade que elas detêm para convencer o juiz acerca da sua versão sobre o acontecido. Assim, deve ser abandonada a ideia de que as provas são elementos aptos a revelar a verdade sobre os fatos, na medida em que elas refletem um convencimento e não necessariamente a verdade. Por consequência disso, também deve ser rechaçada a concepção de que o juiz está legitimado pela busca à verdade, quando age infringido formas processuais estabelecidas.

Acerca dos princípios expressos na Constituição Federal, que possuem ligação direta com a matéria probatória, infere-se que alguns determinam diretrizes que devem ser observadas para que a prova detenha validade. Nesse sentido, podem-se citar os princípios da inadmissibilidade de provas ilícitas, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da apreciação motivada. Por outro lado, há princípios constitucionais que estabelecem garantias no sentido de que a ausência de prova não seja valorada em desfavor do réu, como por exemplo, o princípio da presunção de inocência, a inexigibilidade de autoincriminação (ou *nemo tenetur se detegere*) e o direito ao silêncio.

Analisou-se também a relação entre os sistemas processuais penais e a gestão da prova no processo penal, verificando-se que, no modelo de sistema inquisitório o juiz tem poderes para investigar, admitir, produzir a valorar as provas, ao passo que, no sistema acusatório, essas funções cabem às partes, competindo ao juiz apenas a função de julgar. Constatou-se, ainda, que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 adota o sistema acusatório, porém tal sistema encontra dificuldade de consolidação no ordenamento jurídico em face do Código do Processo Penal seguir a linha do sistema inquisitório.

Em relação à prova testemunhal, averiguou-se que é, sem dúvida, dentre as modalidades de provas existentes, a mais utilizada, mas também a mais frágil, na medida em que a reconstrução do fato depende da recordação da testemunha que o narra em juízo, a qual, além de fazer isso muito tempo depois do acontecido, ainda fica sujeita à contaminação de várias ordens, como por exemplo, as falsas memórias e o induzimento pela sugestibilidade do viés adotado pelo entrevistador.

De fato, o modo como as perguntas são feitas à testemunha pode interferir na resposta que será obtida. Por esse motivo há uma ordem de inquirição descrita legalmente. Tal ordem, encontra-se estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal, cuja redação, dada pela Lei n.11.690/08, fez desaparecer a necessidade de intermediação do juiz nas perguntas formuladas pelas partes às testemunhas, que, desde, então são feitas diretamente. Referido artigo legal ainda estabelece que as perguntas feitas à testemunha, em audiência, sejam feitas primeiro pelas partes e, somente, ao final, de maneira supletiva, pelo juiz.

Desse modo, pode-se dizer que, a reforma processual de 2008, que alterou o artigo 212 do Código de Processo Penal, buscou deixar a norma que regulamenta a colheita da prova testemunhal em juízo menos inquisitória e com aspectos mais condizentes com o sistema acusatório. Acontece que, com o advento da nova norma, restou claro que, o que o falta no ordenamento não são leis processuais, mas sim consciência acusatória. Ou seja, não basta a imposição de artigos, parágrafos ou doutrinas, é preciso que haja alteração na cultura que está sedimentada na consciência dos aplicadores do direito.

Com efeito, o apego pela antiga praxe, a postura inquisitória e a busca pela verdade a qualquer custo ainda estão muito incrustados na prática judiciária, fazendo com que, apesar da existência da nova norma, muitos magistrados ainda conduzam a inquirição testemunhal, formulando perguntas à testemunha antes das partes, ou mesmo perguntado no lugar do Ministério Público, quando o promotor não se faz presente na audiência, agindo, assim em total desrespeito à determinação legal. Tal conduta, por sua vez, dá azo a arguição de nulidade, comumente feita pela defesa.

No que se refere as nulidades, depreende-se que se constituem sanções de invalidação aplicadas pelo juiz aos atos que não obedecem a forma estabelecida em lei. Além do mais, costumam ser divididas pela doutrina tradicionais em relativas e absolutas. As nulidades absolutas são aquelas insanáveis, por afrontarem fundamento constitucional ou de interesse público, e que, em razão disso, podem ser reconhecidas de ofício, em qualquer fase processual.

Enquanto as nulidades relativas são sanáveis e dizem respeito a interesse das partes, que as devem arguir em momento oportuno, provando o prejuízo suportado.

Diante desse panorama, após a realização de pesquisas na jurisprudência e em diversos precedentes, depreende-se que, atualmente, segundo entendimento consolidado no âmbito dos Tribunais Superiores e adotado pelos Tribunais Regionais, a nulidade decorrente da violação à regra contida no artigo 212 do Código de Processo Penal, se trata de uma nulidade de ordem relativa e, portanto, a parte precisa alegá-la em tempo oportuno, qual seja, a própria audiência. Ademais, os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça têm entendido que, além da manifestação oportuna, é necessária para o reconhecimento da nulidade, a efetiva demonstração do prejuízo que a inversão da ordem de inquirição causou, o que, diga-se, praticamente, nunca é possível de comprovar, da forma como exigido.

Com efeito, a comprovação de prejuízo talvez seja o cerne da questão, pois se fundam justamente nesse ponto a maioria dos julgados que não reconhecem a nulidade. Melhor dizendo, a falta de demonstração de prejuízo é o principal argumento utilizado pelos Tribunais para relativizar a nulidade da prova testemunhal, pois, nas nulidades absolutas o prejuízo, em tese, é presumido. Apesar de que, como denota-se a jurisprudência tem exigido a comprovação de efetivo prejuízo inclusive nos casos em que a nulidade seria absoluta. E, à luz disso a problemática se agrava na medida em que há imprecisão sobre o que, efetivamente, consiste o prejuízo e como ele poderia ser demonstrado satisfatoriamente, sobretudo, porque, não há nos casos de inversão da ordem de inquirição como demonstrar que o ato, da forma como não foi realizado seria mais benéfico para a parte. Destarte, apontou-se que o prejuízo decorrente da violação a forma prevista em lei é presumido, do contrário, não haveria necessidade de previsão legal para o ato.

Por fim, tendo em vista a relativização operada pelos tribunais, pode-se concluir que o artigo 212 do Código de Processo Penal tem se tornado uma norma vazia, sem qualquer coercibilidade, pois sua atipia não produz nenhum efeito processual, ou melhor dizendo, o ato irregular continua válido, ainda que o prejuízo abstrato da violação ao devido processo legal decorrente da inobservância da norma exista.

Além de que, como já referido, na linha do que impõe o sistema acusatório o juiz deve adotar uma posição de imparcialidade quanto à gestão da prova. Isto é, o magistrado deve manter-se distante da função de carrear provas, motivo pelo qual a ordem estabelecida legalmente não pode ser considerada um mero detalhe, razão pela qual, também de mostra

indevida tal relativização.

A propósito, verificou-se que a nulidade chamada de relativa não deveria sequer existir, haja vista que, além de ser um critério por demais abstrato, que concede uma enorme discricionariedade ao julgador, no processo penal, todos os vícios processuais possuem ligação com direitos fundamentais. Assim, é equivocado pensar em interesse exclusivamente privado que admita renúncia ou convalidação pela preclusão. Mas, como já mencionado, apesar de inadequada, a classificação das nulidades em relativa e absoluta, existe e a nulidade decorrente da inobservância à regra estabelecida para oitiva testemunhal é considerada uma nulidade de ordem relativa.

Diante disso, a presente pesquisa evidencia que os argumentos utilizados para embasar as decisões judiciais nos casos em que há arguição de nulidade por descumprimento da forma estabelecida pelo artigo 212 do Código de Processo Penal não se coadunam plenamente com as garantias constitucionais, especialmente o sistema acusatório e o princípio do devido processo legal, na medida em que se tratam de falácias utilizadas para relativizar as nulidades e assim evitar o retrabalho que a devida decretação de nulidade causaria.

Por fim, cumpre anotar que, se por um lado o princípio acusatório exige uma atuação inerte do juiz, fazendo com que a atuação das partes predomine, por outro, busca-se que durante a oitiva das testemunhas o entrevistador não adote uma postura acusatória, a fim de não gerar sugestionamento e contaminar a prova, que é tão vulnerável e sujeita a tantas formas de contaminação e induzimento, a exemplo das falsas memórias. À vista disso, conclui-se, pois, que o Brasil ainda precisa dar grandes passos para descobrir qual seria o modelo ideal para colher as declarações das testemunhas em processos criminais, de modo que privilegiasse os princípios unificadores acusatórios e também as técnicas de entrevista redutoras de danos. De qualquer forma, nota-se que, seja qual for o parâmetro empregado, o juiz estará distante da inquirição. Por isso, mais uma vez, consideram-se fracos e ilegítimos os argumentos que defendem não haver problema no fato de o juiz iniciar a inquirição das testemunhas.

REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

ARANHA, Adalberto Jose Q.T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*, 7ª edição. Saraiva, 2006.

ALTAVILA, Jayme de. *A testemunha na história e no direito*. Maceió: EDUFAL, 2009.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A interpretação do "novo" art. 212 do CPP brasileiro: uma contribuição metodológica. *Revista dos Tribunais*. v. 917, p. 329, mar. 2012.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal anotado*. 4. ed. Saraiva, 2010, VitalSource Bookshelf.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 121216-DF*. Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF: em 19 de maio de 2009. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clas.+e+@num=%27121216%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27121216%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clas.+e+@num=%27121216%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27121216%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)> Acesso 18 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 137091-DF*. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF: em 01 de setembro de 2009. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clas.+e+@num=%27137091%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27137091%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clas.+e+@num=%27137091%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27137091%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)> Acesso 18 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 121215-DF*. Relator Ministro Og Fernandes. Brasília, DF: em 01 de dezembro de 2009. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clas.+e+@num=%27121215%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27121215%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clas.+e+@num=%27121215%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27121215%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)> Acesso 18 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no recurso especial n. 1294728-RS*, Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF: em 17 de novembro de 2015. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=Agravo+Regimental+em+Recurso+Especial+1294728&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n. 114789-SP*, Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF: em 19 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28114789%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hfd4k6w>> Acesso em 18 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n. 117102-SP*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF: em 25 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+117102%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hjk9hdc>> Acesso em 18 set. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal n. 5001842-89.2012.404.7103*. Relator Desembargador João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre-RS: em 08 de outubro de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php> Acesso em 18 set. 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Penal*. Coord. Jacinto Nelson Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007.

DELFINO, Lúcio. Reflexões sobre as providências preliminares no Novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 161-183, out/dez. 2015

DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

FERNANDES, Humberto. *Princípios constitucionais do processo penal brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FLECH, Larissa Civardi. *Falsas memórias no processo penal*. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67291/000872494.pdf?sequence=1>> Acesso em 13 nov. 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina. *As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal*. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília/DF, em novembro de 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8. ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES Jr., Aury; DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias: em busca da redução de danos*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 2007.

LOUREIRO, Antônio Tovo. O descumprimento das formas processuais penais como maximização do poder de punir: por uma nova teoria das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 26, 2006. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/LOUREIRO_descumprimento.PDF> Acesso em 18 set. 2016.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 6. ed. Atlas: 2014. VitalSource Bookshelf.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Nulidade na oitiva de testemunhas: por uma interpretação conforme o art. 212 do CPP. *Revista dos Tribunais*. v. 87, nov. 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 18. ed., rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2006.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada*. São Paulo: Brookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 10. Ed. ver., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado, 13ª edição*. Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal, 18ª edição*. Atlas, 2014.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. A nulidades no processo penal e o prejuízo. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./dez. 2014.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. *Prejuízo e as nulidades processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 19. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação criminal n. 70066164641*, da 7ª Câmara Criminal. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 01 de outubro de 2015. Disponível em: <
http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70066164641&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=APELA%3C%87%3C%83O+CRIMINAL.+CRIMES+CONTRA+O+PATRIM%3C%94NIO.+ROUBO+MAJORADO+PELO+EMPREGO+DE+ARMA.+ARGUI%3C%87%3C%83O+DE+NULIDADE+POR+VIOLA%3C%87%3C%83O+AO+PRINC%3C%8DPIO+ACUSAT%3C%93RIO+N%3C%83O+RECONHECIDA.+INTELIG%3C%8ANCIA+DO+ARTIGO+212+DO+CPP.+SISTEMA+ACUSAT%3C%93RIO+%28MISTO&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação criminal n. 70066995564*, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 18 de nov de 2015. Disponível em:
 <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70066995564&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação criminal n. 70028349843*, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Amilton Bueno Carvalho. Porto Alegre, 18 de março de 2009. Disponível em:
 <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70028349843%2C+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=70030112387&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação criminal n. 70030112387*, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Amilton Bueno Carvalho. Porto Alegre, 17 de junho de 2009. Disponível em:
 <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70030112387&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=70028349843%2C+&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação criminal n. 70029599941*, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Luís Gonzaga da Silva Moura. Porto Alegre, 08 de julho de 2009. Disponível

em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70029599941&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=70030112387&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação criminal n. 70030638670*, da 5ª Câmara Criminal.

Relator: Des. Amilton Bueno Carvalho. Porto Alegre, 22 de julho de 2009. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=PROCESSUAL+PENAL.+INQUIRI%C3%87%C3%83O+DAS+V%C3%8DTIMAS+E+TESTEMUNHAS+DIRETAMENTE+PELA+MAGISTRADA+CONDUTORA+DA+AUDI%C3%8ANCIA.+NULIDADE+ABSOLUTA+N%C3%83O+CARACTERIZADA.+ROUBO.+IMPR%C3%93PRIO.+DESCLASSIFICA%C3%87%C3%83O+PARA+FURTO+TENTADO.+PENNA+REVISTA&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=70030638670&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação criminal n. 70031632284*, da 5ª Câmara Criminal.

Relator: Des. Aramis Nassif. Porto Alegre, 07 de outubro de 2009. Disponível em: <

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=+70031632284&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=PROCESSUAL+PENAL.+INQUIRI%C3%87%C3%83O+DAS+V%C3%8DTIMAS+E+TESTEMUNHAS+DIRETAMENTE+PELA+MAGISTRADA+CONDUTORA+DA+AUDI%C3%8ANCIA.+NULIDADE+ABSOLUTA+N%C3%83O+CARACTERIZADA.+ROUBO.+IMPR%C3%93PRIO.+DESCLASSIFICA%C3%87%C3%83O+PARA+FURTO+TENTADO.+PENNA+REVISTA&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 18 set. 2016.

SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES JR, Aury. *Prova Testemunhal e Processo Penal: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias*. Disponível em

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf> Acesso em 26 jan. 2016

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*, 1ª edição. Saraiva, 2012. VitalBook file.

STEIN, Lilian M. ; NYGAARD, Maria Lúcia C. *A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCRIM*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, nº 43, ano 11.

STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam. Produção de prova cabe ao MP e à Defesa. *Comjur*, 11.01.2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mp-defesa>>. Acesso em:

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 9. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012